

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

FILIPPE NICHOLAS MOREIRA CAVALCANTE DE OLIVEIRA

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO**

Maceió

2022

FILIPPE NICHOLAS MOREIRA CAVALCANTE DE OLIVEIRA

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas, para a banca de qualificação, como requisito para a obtenção de grau de mestre em Direito Público. Linha de pesquisa: Fundamentos Constitucionais do Direito Privado e do Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. José Barros Correia Júnior.

Maceió

2022

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

- O48a Oliveira, Filipe Nicholas Moreira Cavalcante de.
A aplicação da teoria do adimplemento substancial na recuperação judicial da empresa no direito brasileiro / Filipe Nicholas Moreira Cavalcante de Oliveira. – 2022. 129 f.
- Orientador: José Barros Correia Júnior.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2022.
- Bibliografia: f. 114-129.
1. Empresas - Recuperação judicial - Brasil. 2. Plano de recuperação judicial. 3. Teoria do adimplemento substancial. 4. Princípio da boa-fé objetiva. 5. Função social da empresa. I. Título.

CDU: 347.447.62(81)

FOLHA DE APROVAÇÃO

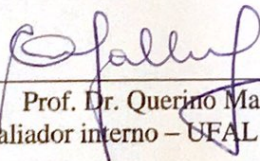
FILIPPE NICHOLAS MOREIRA CAVALCANTE DE OLIVEIRA

**A aplicação da teoria do adimplemento substancial na recuperação judicial da empresa
no direito brasileiro.**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas, para a banca de qualificação, como requisito para a obtenção de grau de mestre em Direito Público. Linha de pesquisa: Fundamentos Constitucionais do Direito Privado e do Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. José Barros Correia Junior.

Banca examinadora:



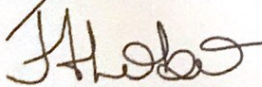
Prof. Dr. Querino Mallmann
Avaliador interno – UFAL - Presidente

Documento assinado digitalmente

gov.br

JULIANA DE OLIVEIRA JOTA DANTAS
Data: 06/12/2022 13:07:28 0300
Verifique em <https://verificador.itl.br>

Profa. Dra. Juliana de Oliveira Jota Dantas
Avaliadora interna - UFAL



Profa. Dra. Fabíola Albuquerque Lôbo
Avaliadora Externa - UFPE

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, meus pais, Uairandyr Tenório de Oliveira e Roseane Moreira Cavalcante de Oliveira, irmãos Yuri e Carol, namorada Rafaela, e demais familiares e amigos pelo apoio e motivação em todas minhas conquistas. Aos servidores e empregados terceirizados da UFAL por nos proporcionar serviços indispensáveis para a atividade acadêmica. Aos professores do mestrado da UFAL, especialmente, meu professor-orientador Dr. José Barros Correia Júnior, pelo apoio e colaboração, em nome de quem também agradeço a todos os professores do mestrado da UFAL, que tanto contribuíram no meu crescimento acadêmico e humano. Agradeço também aos colegas de mestrado, que compartilharam e ajudaram a superar as tantas angústias, privações e dúvidas nesse ardoroso, porém realizador, caminho acadêmico do mestrado. Muito obrigado!

RESUMO

Esta dissertação tratou da possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial à recuperação judicial da empresa, cuja legislação de regência, se interpretada de maneira literal, aduz que qualquer descumprimento do plano de recuperação acarreta a convalidação da recuperação em falência. Tal interpretação literal da Lei nº 11.101/2005, nos casos de inadimplemento irrelevante, inviabiliza, desproporcionalmente, a recuperação judicial. Segundo tal teoria, cuja origem remonta ao direito contratual, havendo substancial adimplemento, o descumprimento ínfimo de obrigação não deveria provocar a resolução contratual. No viés da recuperação empresarial, isso significa que o mero descumprimento de qualquer obrigação do plano de recuperação não deveria acarretar, inexoravelmente, a convalidação da recuperação em falência, tendo em vista a teoria do adimplemento substancial, que prega, uma proporcionalidade entre o descumprimento do acordo e o respectivo efeito jurídico. Assim, com base numa concepção atual da empresa, sob a perspectiva de sua função social, e na constatação da natureza contratual do seu plano de recuperação, verificou-se a compatibilidade entre a teoria do adimplemento substancial e sua aplicação no âmbito da recuperação judicial da empresa. Isso porque, além de servir de instrumento de equanimidade, tal teoria tem fundamento no ordenamento jurídico brasileiro, tendo lastro, por exemplo, no princípio constitucional da função social da empresa, no princípio da preservação da empresa e na boa-fé objetiva. A pesquisa foi empreendida mediante levantamento bibliográfico e jurisprudencial, visando ao domínio do estado da arte sobre o tema e uma análise pormenorizada dos dados coletados.

Palavras-chave: Recuperação Judicial de Empresas. Natureza do Plano de Recuperação. Teoria do Adimplemento Substancial. Boa-fé Objetiva. Função Social da Empresa.

ABSTRACT

This work defends the application of the substantial performance in judicial recovery, whose legislation submits that any failure to comply with the recovery plan entails in bankruptcy. In a literal interpretation of Judicial Recovery Law n. 11.101/2005, any irrelevant default makes the judicial recovery impossible. On the other hand, according to substantial performance, which is based on contractual law, an irrelevant non-compliance should not cause the contractual resolution. Therefore, through a bibliographical and jurisprudential survey, aiming at the state-of-the-art domain on the subject and a detailed analysis of the collected data, this research shows that, in view of substantial performance, should have a proportionality between the breach of the agreement and its legal effect, not allowing that any simple non-compliance with an obligation of the recovery plan leads, inexorably, to the bankruptcy. Thus, starting from a current conception of the company, and also from the perspective of the social function, it can be seen the contractual nature of the recovery plan, that must observe the compatibility between the theory of substantial compliance and its application in the context of the company's judicial recovery. In addition to serving as an instrument of equanimity, the substantial performance is based on the Brazilian legal system, having ballast in the constitutional principle of the company's social function, in the principle of preserving the company and in the idea of objective bona fide.

Keywords: Judicial Recovery. Judicial Recovery's Nature. Substantial Performance. Objective bona fide. Social Function of Companies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 O CONCEITO DA EMPRESA, ASPECTOS GERAIS DA SUA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O RESPECTIVO PLANO DE RECUPERAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	12
1.1. A EVOLUÇÃO CONCEITUAL DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO COMPARADO.....	12
1.2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PANORAMA ATUAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	24
1.3. A NATUREZA JURÍDICA DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO.....	39
1.3.1. A Classificação dos Fatos Jurídicos de Pontes de Miranda como Instrumento Conceitual para Dissecção da Natureza Jurídica do Plano de Recuperação Judicial da Empresa.....	39
1.3.2. A Discussão da Natureza Jurídica do Plano de Recuperação Judicial da Empresa na Legislação e Doutrina Contemporânea Brasileira.....	48
2 A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: ORIGEM E APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	60
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA, CONCEITO E CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA DOUTRINA BRASILEIRA.....	60
2.2. FUNDAMENTOS DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO.....	72
2.3. A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL COMO INSTRUMENTO DE EQUANIMIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	81
3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL À RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO.....	84
3.1. A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL EM FACE DO INADIMPLEMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	84
3.2. PRINCÍPIOS DE DIREITO EMPRESARIAL QUE EMBASAM A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO.....	94

3.2.1. O Princípio da Função Social da Empresa no Direito Brasileiro.....	94
3.2.2. O Princípio da Preservação da Empresa e a Lei nº 11.101/2005.....	98
3.3. CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA SEARA RECUPERACIONAL: PECULIARIDADES DO CASO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	101
3.4. POSSÍVEIS OBJEÇÕES À APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL À RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO.....	104
3.5. CRÍTICA À POSSÍVEL PROCRASTINAÇÃO INDEVIDA DA CONVOLAÇÃO EM FALÊNCIA DE EMPRESAS INVIÁVEIS COM O USO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.....	107
CONCLUSÃO.....	111
REFERÊNCIAS.....	114

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal erigiu como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social da livre iniciativa, o qual está descrito no seu art. 1º, inciso IV, o que se traduz numa ampla proteção da liberdade de iniciativa econômica, garantindo direitos basilares para sua proteção, como, a título de exemplo, o direito à propriedade, o direito ao livre exercício de atividades econômicas, salvo limitações legais, mas que também significa que esta livre iniciativa encontra limites quanto a sua adequação e atendimento aos valores sociais.

Essa limitação da livre iniciativa (liberdade) pela função social (segurança) vai ao encontro da contemporânea concepção da empresa, que, atualmente, não mais aceita a retrógrada visão dela apenas como um centro produtor de lucro empresarial (liberdade), mas que ressalta também o seu igualmente importante papel social (segurança).

Por essa importância, é que surgiu o Direito Empresarial como disciplina autônoma da ciência jurídica e que, entre tantas leis, foi criada a Lei nº 11.101/2005, para disciplinar a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, a fim de possibilitar a manutenção de empresas que, apesar de enfrentarem sérias dificuldades financeiras, possam se recuperar, voltar a produzir riquezas e manter a sua função social.

Ao proporcionar meios para recuperação da empresa, esse diploma legislativo também prestigia os princípios constitucionais da ordem econômica, dispostos no artigo 170 da Constituição e aquele do valor social da livre iniciativa, previsto no art. 1º, IV, da Constituição Federal, os quais exaltam o valor do trabalho humano e da liberdade na atividade empresarial, corroborando com a função social da atividade empresarial e a importância de sua preservação.

Contudo, uma leitura meramente literal da Lei nº 11.101/2005 pode levar a situações drásticas, que não consideram as normas constitucionais reguladoras da atividade empresarial e que não privilegiam a sua manutenção. É o que, por exemplo, pode ocorrer com a aplicação indiscriminada do art. 61, §1º, combinado com o art. 73, inciso IV, da Lei 11.101/2005 e do art. 62 c/c art. 94, III, g, da Lei nº 11.101/2005. Nos três dispositivos, é dito literalmente que, em qualquer descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação judicial, o resultado será a convolação em falência, uma vez que o cumprimento do plano recuperacional seria condição da manutenção do devedor em recuperação judicial.

Uma interpretação isolada e literal dos citados dispositivos levaria a crer que qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, que não fosse cumprida, poderia acarretar, fatalmente, a convoção do processo de recuperação judicial em falência da empresa. Contudo, esse efeito jurídico não se mostra proporcional, quando tal descumprimento representar uma mínima desobediência do plano de recuperação, razão pela qual se propõe a aplicação da teoria do adimplemento substancial também nessa seara.

Dessa forma, a presente dissertação se propõe a discutir as premissas fundamentais para uma análise crítica da possibilidade de aplicação da teoria de adimplemento substancial na recuperação judicial da empresa.

Assim, inicialmente, descrever-se-á a evolução do conceito de empresa e aspectos gerais da recuperação judicial da empresa, a fim de situar o contexto histórico e atual da legislação de sua regência, possibilitando uma visão panorâmica das normas infraconstitucionais em que se insere o plano de recuperação jurídica.

Posteriormente, é feita minuciosa análise do plano de recuperação jurídica. Primeiramente, expondo-se conceitos da teoria de Pontes de Miranda sobre os fatos jurídicos, a fim de conferir o instrumental conceitual para destrinchar a natureza jurídica do plano de recuperação. Após, é feita exposição sobre as diversas posições doutrinárias que debatem a natureza jurídica do plano de recuperação. Tal discussão é importantíssima para o deslinde da dissertação, vez que a natureza jurídica de tal plano possibilita fazer paralelo com a teoria do adimplemento substancial, aplicada, originariamente, no âmbito do direito contratual.

No capítulo seguinte, aprofunda-se o debate sobre a teoria do adimplemento substancial, procurando demonstrar o histórico e conceito de tal teoria, os critérios que norteiam sua aplicação, os seus fundamentos e o seu papel como instrumento de equanimidade.

No último capítulo, passa-se a discutir o objeto principal da presente pesquisa, que é a aplicação da teoria do adimplemento substancial aos casos de descumprimento do plano de recuperação judicial. Para tanto, inicialmente, descreve-se a aplicação da teoria do adimplemento substancial na seara recuperacional e a importância de uma interpretação principiológica nessa interpretação, razão pela qual é descrito a seguir os princípios específicos que fundamentam a aplicação dessa teoria na seara recuperacional/empresarial. Em seguida, passa-se a discutir critérios específicos para utilização dessa teoria na seara

recuperacional, fazendo-se um paralelo com a discussão travada na construção da teoria do adimplemento substancial no âmbito contratual.

Por fim, é feita breve consideração sobre possíveis críticas à aplicação da teoria do adimplemento substancial na seara recuperacional. Nesse contexto, afastam-se possíveis objeções e demonstra-se como a posição defendida neste trabalho tem fundamento na sistemática do ordenamento jurídico nacional.

1 O CONCEITO DA EMPRESA, ASPECTOS GERAIS DA SUA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O RESPECTIVO PLANO DE RECUPERAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 A EVOLUÇÃO CONCEITUAL DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO

É imperioso tratar do conceito jurídico de empresa antes de comentar sobre a sua recuperação judicial no direito brasileiro, uma vez que é ela o objeto central de suas disposições. Naturalmente, isso implica uma breve incursão na evolução de sua definição no ordenamento jurídico pátrio e nas principais influências externas, para uma compreensão global de sua atual situação jurídica.

A evolução do conceito de empresa remonta à própria raiz do Direito Comercial, o qual passou, diante da mudança no seu contexto teórico fundamental, a ocupar um papel central nesse ramo jurídico, a ponto de fazer com que ele passasse a ser designado como Direito Empresarial por diversos doutrinadores. Por conta disso, a conceituação da empresa é um dos dilemas mais caros ao Direito Empresarial, cuja evolução acompanha o próprio desenvolvimento da atividade comercial/empresarial.

Segundo José Barros Correia Júnior, até meados do Século XVIII, o conceito de empresa era totalmente estranho ao direito, uma vez que preponderava na sociedade de então um modelo econômico pouco desenvolvido, com pequenos e mal organizados negócios e com uma atividade econômica predominantemente rural¹.

Contudo, isso mudou, gradativamente, em paralelo ao desenvolvimento da atividade comercial, a qual foi crescendo durante a Idade Média por meio do intenso surgimento de feiras e corporações nos denominados burgos medievais. Segundo Gladston Mamede, o Direito Comercial começou a ser concebido como um conjunto de normas originadas na atividade comercial cotidiana, sendo primeiramente inserido no contexto das corporações de comerciantes, antes de obter a chancela estatal². Nessa perspectiva, diz-se que o Direito Comercial, inicialmente, foi concebido como um “direito corporativo, profissional, autônomo

¹ CORREIA JUNIOR, José Barros **A Função Social e a Responsabilidade Social da Empresa Perante os stakeholders**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 15.

² MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 2.

em relação ao direito civil e eminentemente consuetudinário, adotando-se a teoria subjetiva, que considerava comerciantes aqueles matriculados em uma corporação”³.

Com a profissionalização da atividade comercial, percebeu-se o paulatino nascimento de uma nova classe social, a denominada burguesia, cujos anseios conflitavam com o estamento feudal, ainda predominante na sociedade daquela época. Tais conflitos tiveram como ápice a eclosão da denominada Revolução Francesa, um dos eventos sociais mais marcantes para o movimento liberal no mundo ocidental, o qual também consolida a ascensão da burguesia, com o ideal de igualdade e abolição do privilégio de classes.

Por outro lado, gradativamente, passou-se a perceber que nem toda vida ou atividade do comerciante eram passíveis de enquadramento na sua atividade profissional de comércio, o que gerou a necessidade de se delinear um conceito objetivo da matéria comercial. Além do mais, constatou-se também “a generalização do uso de alguns institutos por não comerciantes, como, por exemplo, a letra de câmbio, o que demonstrou a inadequação da teoria puramente subjetiva para se delimitar a aplicação das normas e prerrogativas mercantis”⁴.

Esses aspectos influenciaram o Direito Comercial de tal forma que ele deixou de ser o direito dos comerciantes, afastando-se do seu caráter corporativo e passando a ter um viés objetivo, o que se consolidou com o surgimento do Código Comercial Napoleônico de 1807. Assim, saiu do foco “a figura do comerciante, passando a interessar os atos praticados por esse em razão de sua profissão, bem como os atos tidos por comerciais, independentemente de quem os pratique”⁵.

O Código Comercial Napoleônico é um dos marcos do Direito Comercial, tendo sido ele um dos primeiros diplomas legislativos a utilizar os termos empresa e empresário no âmbito jurídico, ainda que de forma não unitária, e também tendo assumido, primeiramente, o Direito Comercial pela perspectiva objetiva. Assim, instituiu a denominada teoria dos atos de comércio, definindo comerciante como aquele que praticasse tais atos profissionalmente, independentemente de fazer parte de qualquer corporação de ofício. A listagem desses atos de

³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função Social da Empresa. **Revista dos Tribunais 100 anos – Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, volume II, Arnoldo Wald (org.), Revista dos Tribunais, 2010, p. 101/124. p. 102.

⁴ MACHADO, Daniel Carneiro. O Novo Código Civil Brasileiro e a Teoria da Empresa. **Revista de Direito Privado**, n. 15, São Paulo, 2003. p. 10.

⁵ MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. O Provável Confronto entre Alberto Asquini e Ronald Coase: uma análise dos perfis de empresa a partir da Teoria da Firma. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI - Fortaleza/CE**, Junho/2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3353.pdf>. Acesso em: 19 ago 2022. p. 380.

comércio nada mais era que um “rol criado pelo legislador para relacionar quais atos seriam objeto deste ramo do Direito. A empresa, até então, era apenas uma das categorias de ato de comércio”⁶.

Esse sistema francês influenciou diversos ordenamentos jurídicos do mundo todo, não ficando o Brasil indiferente aos seus reflexos. Nesse sentido, inspirado na Teoria dos Atos de Comércio, inaugurada no Código Comercial Francês de 1807, o Brasil publicou o seu Código Comercial em 1850. Este, entretanto, tentou se desvencilhar das discussões existentes na Europa sobre a imprecisão de tais atos de comércio, passando a denominá-los de mercancia. Contudo, na prática, isso não passou de uma mera troca de palavras, de modo que, o que se chamava na Europa de Ato de Comércio, aqui se chamou de mercancia. Conforme Giovanni Martins, isso é tão verdade que:

(...) logo após a publicação do Código Comercial Brasileiro, houve a necessidade de se definir o que se deveria entender por mercancia, haja vista inexistir qualquer dispositivo no referido Código que o conceituasse ou enumerasse os chamados atos de mercancia. Por necessidade, portanto, foi publicado o Regulamento 737, ainda no ano de 1850, para corrigir algumas imperfeições do Código de Comércio, dentre as quais, a de se definir o que se deveria entender por mercancia. É mercancia o que estiver previsto neste regulamento, ou seja, mercancia, no Brasil, assim como atos de comércio, na França, nada mais é do que aquilo que o direito positivo definir, vale dizer, mercancia, assim como ato de comércio, é um conceito de direito positivo⁷.

No Brasil, Carvalho de Mendonça, um profundo conhecedor da teoria do ato do comércio, procurou sistematizá-la consoante a legislação brasileira numa classificação mais completa e que detinha três categorias basilares: a) a primeira, compreendendo os atos de exercício habitual da indústria mercantil, consistindo em atos de comércio por natureza; b) a segunda, abrangendo os atos com objetivo de viabilizar ou promover o exercício daquela indústria, consistindo em atos que mantinha intrínseca conexão com aqueles; c) e, por fim, a terceira, a qual abarcava os atos declarados de comércio, os quais assim eram considerados por força da lei, sendo chamados artificialmente comerciais, de modo que os seus praticantes não poderiam ser qualificados como comerciantes⁸.

⁶ CORREIA JUNIOR, José Barros **A Função Social e a Responsabilidade Social da Empresa Perante os stakeholders**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 16.

⁷ MARTINS FILHO, Giovanni Magalhães. O Provável Confronto entre Alberto Asquini e Ronald Coase: uma análise dos perfis de empresa a partir da Teoria da Firma. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI - Fortaleza/CE**, Junho/2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3353.pdf> . Acesso em: 19 ago 2022. p. 379.

⁸ MENDONÇA *APUD* CORREIA JUNIOR, José Barros **A Função Social e a Responsabilidade Social da Empresa Perante os stakeholders**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 16.

Entretanto, o próprio Carvalho de Mendonça proferia severas críticas às teorias de então para a definição dos atos de comércio, tendo em vista a deficiência e inexatidão que apresentavam. Nesse sentido, consoante Luiz Hentz, Carvalho de Mendonça teria dito que:

'os atos de comércio apresentam consideráveis matizes e prendem-se tão estreitamente às relações da vida civil que é difícil, muitas vezes, caracterizá-los devidamente'. E, em arremate, que, 'por esse motivo, não vingaram as definições de atos de comércio que tentaram escritores de nota; todos não têm resistido à crítica'⁹.

Diante dos insuperáveis problemas de definição dos atos de comércio e as inúmeras dificuldades para conceituar e regular com exatidão a atividade comercial, o Direito Comercial entrou na sua terceira fase com o surgimento de uma nova teoria para explicar o fenômeno da atividade comercial, baseada no conceito econômico de empresa. Inspirado na teoria de Cesare Vivante, o Código Civil Italiano de 1942 passou a tratar o Direito Comercial e Civil numa estrutura única, tornando-se o diploma básico do direito privado e o primeiro a positivar a denominada teoria da empresa. A empresa foi indiretamente conceituada, no art. 2.082¹⁰ do *Codice Civile* Italiano, como uma atividade econômica organizada com o objetivo de produzir bens e serviços para a circulação no mercado, identificando-a com a sua conceituação econômica.

No Brasil, essa teoria da empresa foi adotada pelo Código Civil de 2002, o qual procurou, à semelhança do ocorrido no Código Civil Italiano de 1942, unificar o Direito Privado, de modo que o dito Direito Comercial e Direito Civil passaram a ter suas principais normas veiculadas num mesmo diploma legal. Ainda que não se possa dizer que tenha tomado exatamente o mesmo caminho adotado no Código Civil italiano de 1942, sem dúvidas, este código serviu de inspiração para o brasileiro, mormente, no que tange à adoção da teoria da empresa no Direito Comercial pátrio, que passou, por essa mudança de paradigma teórico, a ser chamado de Direito Empresarial. Nesse sentido, conforme afirmado por José Barros Correia Júnior:

(...) o Direito Comercial deixa de basear-se nos atos de comércio que efetivavam uma dicotomia mais do que do mero Direito Privado em Civil e Comercial, da própria empresa em Civil e Comercial, tomando a partir do Código Civil de 2002 como sua base fundamental a empresa como uma das principais atividades econômicas, ampliando-se a sua base, daí evoluindo para o Direito Empresarial¹¹.

⁹ HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Direito de Empresa no Código Civil de 2002**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p.10-11.

¹⁰ Este artigo define o conceito de empresário e, indiretamente, o conceito de empresa, na medida em que esta é a atividade titularizada por aquele, também nele descrita. Nessa linha, veja-se o que dispõe: “Art. 2082. É empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada com o fim da produção ou da troca de bens ou de serviços” (tradução livre).

Diante dessa evolução, muitas discussões foram travadas sobre o preciso conceito jurídico de empresa – imprescindível para a progressão científica de seu estudo – sendo certo que entre as diversas contribuições de respeitáveis autores para o tema¹², destaca-se a teoria da empresa elaborada pelo prestigiado jurista italiano Alberto Asquini. Assim, a despeito das diversas disputas na doutrina italiana para definição de empresa, coube a Asquini a elaboração de uma concepção multifacetária da empresa, a partir dos diferentes perfis jurídicos do seu conceito econômico. Para tanto, ele asseverou que a empresa:

(...) é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado¹³.

Os ensinamentos de Alberto Asquini ganharam amplo reconhecimento, tendo este autor advertido que, diante dos vários aspectos do fenômeno econômico da empresa, estes não devem, necessariamente, enquadrar-se numa noção jurídica unitária. Para ele, o Direito deve captar o fenômeno econômico em sua inteireza, adequando-se as noções jurídicas aos respectivos aspectos econômicos da empresa. Tal entendimento pode ser verificado no trecho transcrito abaixo:

Mas, defronte ao direito o fenômeno econômico de empresa se apresenta como um fenômeno possuidor de diversos aspectos, em relação aos diversos elementos que para ele concorrem, o intérprete não deve agir com o preconceito de que o fenômeno econômico da empresa deva, forçosamente, entrar num esquema jurídico unitário. Ao contrário, é necessário adequar as noções jurídicas de empresa aos diversos aspectos do fenômeno econômico¹⁴.

Assim, Asquini afastou-se da tentativa de estabelecer um conceito jurídico unitário da empresa, apresentando esta a partir de quatro perfis jurídicos do seu conceito econômico, quais sejam: subjetivo, objetivo-patrimonial, funcional e corporativo.

¹¹ CORREIA JUNIOR, José Barros **A Função Social e a Responsabilidade Social da Empresa Perante os stakeholders**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 17.

¹² Nesse sentido, como citado por José Barros Correia Júnior, pode-se destacar três deles: Michel Despax, Giuseppe Ferri e Alberto Asquini. Para Michel Despax a empresa poderia ser vista em duas correntes: a) uma mais restrita, em que ela se caracterizaria pela utilização do trabalho de terceiros e pela perseguição do lucro como objetivo; b) e, numa visão mais ampla, como todo organismo que objetivasse a circulação de bens e/ou serviços. Já para Ferri, a empresa poderia ser vista sob quatro perspectivas: a) atividade do empresário, b) atividade criadora, c) complexo de bens e d) em relação aos dependentes. Para maiores informações, verificar: CORREIA JUNIOR, José Barros **A Função Social e a Responsabilidade Social da Empresa Perante os stakeholders**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 18.

¹³ ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, 1996. p. 109-110.

¹⁴ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, 1996. p. 113.

No âmbito do perfil subjetivo, a empresa seria vista na figura do empresário, ou seja, a empresa seria o sujeito de direito, seja ele pessoa física ou jurídica, que exerce a atividade empresarial. No Direito Brasileiro, esse sujeito de direito está descrito no art. 966 do Código Civil, que importou do citado Código Italiano o conceito de empresário, definindo este como aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Ora, apesar de ser peça fundamental na empresa, o empresário não se confunde com a respectiva atividade econômica, esta sim, como se verá mais a frente, podendo ser corretamente chamada de empresa. Apesar da distinção entre empresário e empresa ter sido aclarada, diversos dispositivos legislativos, inclusive no próprio Código Civil de 2002, fazem confusão entre os diversos perfis da empresa¹⁵.

O perfil objetivo da empresa diz respeito ao conjunto de bens utilizado pelo empresário para exercício da atividade econômica. Este perfil é equivalente ao conceito de estabelecimento ou “patrimônio aziendale”. Este foi conceituado no artigo 1.142 do Código Civil, o qual o define como “todo complexo de bens organizados, para exercício da empresa, para empresário, ou por sociedade empresária”. Muitas vezes, a legislação também confunde esse perfil com o conceito de empresa, misturando diversos perfis da empresa em sentidos não acolhidos em nosso ordenamento. Entretanto, o próprio dispositivo acima transcrito sinaliza que não se pode confundir a empresa com o seu estabelecimento, ainda que este esteja intimamente interligado com aquela. Na mesma linha, em relação ao perfil objetivo da empresa, Asquini observa que:

...] o fenômeno econômico da empresa, projetado sobre o terreno patrimonial, dá lugar a um patrimônio especial distinto, por seu escopo, do restante patrimonial do empresário (exceto se o empresário é uma pessoa jurídica, constituída para o exercício de determinada atividade empresarial, caso em que o patrimônio integral da pessoa serve àquele escopo). É notório que não faltam doutrinas tendentes à personificação do tal patrimônio especial tendentes a nele identificar 'a empresa' como sujeito de direito (pessoa jurídica) distinto do empresário. Mas esta tendência não foi acolhida no nosso, nem em outros ordenamentos jurídicos¹⁶.

Outro perfil da empresa, talvez o mais importante para definir a empresa em nosso ordenamento, é o funcional, o qual se traduz na atividade econômica exercida. Por esse perfil, entende-se a empresa enquanto atividade exercida pelo empresário. Ainda que não tenha sido definida de maneira direta, é possível se inferir dos mencionados artigos 966 e 1.142 do Código Civil pátrio que este é o sentido jurídico que deve ser imputado ao conceito de

¹⁵ Como exemplo, vide os artigos 931 e 1.504 do Código Civil brasileiro de 2002.

¹⁶ ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, 1996. p-118.

empresa no sistema brasileiro. Com base nesses dispositivos, a empresa pode ser conceituada como a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado.

Por seu turno, Asquini aduzia a dificuldade de não se usar o termo empresa nesse sentido funcional, citando-a como "aquela força em movimento [...] dirigida para um determinado escopo produtivo"¹⁷. A importância desse perfil funcional também pode ser verificada nos ensinamentos de Túlio Ascarelli, que aduz que este perfil é o que permite qualificar alguém como empresário ou não, conforme se entende da transcrição a seguir:

O que qualifica o empresário - conceito central na sistemática da legislação italiana - é, em minha opinião, uma atividade econômica (assim como uma atividade econômica qualificava o comerciante)

[...]

É pois a natureza (e o exercício) da atividade que qualifica o empresário (e não, ao contrário, a qualificação do sujeito que determina a atividade) e nessa prioridade da atividade exercida para a qualificação do sujeito pode-se notar a persistência de um elemento objetivo, como critério de aplicabilidade da especial disciplina ditada para a atividade e para quem a exerce¹⁸.

Já no perfil corporativo, tem-se a empresa como uma organização ou instituição. Enquanto os outros perfis encaram a empresa sob uma ótica individualista, por esse perfil ela é vista sob um viés coletivo. Assim, nesse perfil, a empresa seria uma instituição, uma organização de pessoas, do empresário e de seus demais colaboradores, enfim, um núcleo social comum no qual tais pessoas se fundem para a consecução do objetivo comum de lucro. Parte da doutrina é refratária à adoção desse perfil para conceber a empresa, tendo em vista o apontamento da influência fascista na sua introdução no ordenamento italiano. Também há dificuldade de reconhecê-lo no ordenamento brasileiro, tendo em vista as influências liberais na legislação infraconstitucional sobre a empresa, os quais imputariam a esse perfil um intervencionismo inapropriado para tratar da empresa.

Contudo, essas críticas ao perfil corporativo merecem maiores reflexões, tendo em vista, primeiramente, que a visão da empresa como uma corporação não importa, necessariamente, uma indevida limitação da livre iniciativa, a qual, independentemente do perfil pelo qual se observe, em decorrência da interpretação dos dispositivos constitucionais brasileiros, está limitada pela função social da empresa. Por outra via, o fato dessa visão corporativa da empresa ter se originado num regime fascista não significa que ela não possa

¹⁷ ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, 1996. p. 116.

¹⁸ ASCARELLI, Tullio. O Empresário. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 36, n. 109, p. 182-189, 1998. p. 183

se desvencilhar desses aspectos ideológicos e ser adaptada ao atual contexto jurídico-social. Nesse diapasão, são conhecidos na doutrina os esforços para neutralização do conceito da empresa do regime que a introduziu no ordenamento jurídico italiano. Nessa linha, veja-se o que diz Paula Forgioni:

Vimos que, nos anos 1950 e 1960, a doutrina italiana esforçou-se para içar a empresa do contexto fascista que lhe deu origem; a partir dos anos 1960, com a ligação entre empresa e liberdades econômicas, esse passado vai sendo definitivamente sepultado. Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência concretizam-se na disciplina da atividade da empresa, marcando seu perfil. Por causa dos tratados europeus que visam à integração econômica, a empresa passa de instrumento intervencionista à peça-chave da economia de mercado¹⁹.

De toda forma, ainda que superado o contexto político que lhe deu origem, a teoria da empresa elaborada por Asquini foi alvo de críticas na doutrina atual, sob a alegação de que, além de não haver norma que se identifique com o perfil corporativo da empresa, a divisão dos outros perfis jurídicos da empresa, na sua origem italiana, não decorre necessariamente do seu conceito, mas de imprecisões do Código Civil italiano ao confundir a noção de empresa com outras noções com ela conectada. Nesse sentido, vide o seguinte excerto:

Na realidade, o problema foi analisado deste modo por Asquini, que fez uma cuidadosa investigação sobre o assunto, chegando ao resultado de que a palavra empresa tem no Código diferentes significados, usada em acepções diversas: umas vezes para indicar o sujeito que exercita a atividade organizada; outras, o conjunto de bens organizados; outras, ainda, o exercício da atividade organizada e, finalmente, a organização de pessoas que exercitam em colaboração a atividade econômica. Todavia, como observamos em outro lugar, nenhuma norma se pode encontrar, com segurança, em que a palavra empresa possa ser utilizada no último sentido, de organização do pessoal, porque, na realidade, os quatro sentidos do termo - os quatro perfis de que falou Asquini - se reduzem a três. Pode-se observar, porém, que, fora dos casos em que a palavra se emprega em sentido impróprio e figurado de empresário ou de estabelecimento, e que deve o intérprete retificar, a única significação que resta é a da atividade econômica organizada²⁰.

Tal posicionamento reflete a visão predominante na doutrina contemporânea, que conceitua a empresa como uma atividade econômica organizada, enquadrando-se a definição jurídica de empresa naquilo que a teoria de Asquini nomeava como perfil funcional. Nesse mesmo sentido, reforçando que a confusão das noções da empresa se dá também por motivo de imprecisão terminológica, Tomazette assevera que a teoria da empresa de Asquini estaria superada e que, afora o perfil corporativo, os demais perfis da teoria da empresa apenas demonstrariam três realidades interligadas da teoria da empresa, quais sejam: a própria atividade econômica organizada (a empresa), o empresário e o estabelecimento, senão veja-se:

¹⁹ FORGIONI, Paula Andrea. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 82-83.

²⁰ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 56.

Esse modo de entender a empresa já está superado, porquanto não representa o estudo teórico da empresa em si, mas apenas demonstra a imprecisão terminológica do Código Italiano, que confunde a noção de empresa com outras noções. Todavia, com exceção do perfil corporativo que reflete a influência de uma ideologia política, os demais perfis demonstram três realidades intimamente ligadas, e muito importantes na teoria da empresa, a saber, a empresa, o empresário e o estabelecimento²¹.

Nessa perspectiva, a empresa é vista como uma atividade econômica organizada pelo empresário, exercida por meio de um estabelecimento e voltada a satisfazer um interesse de mercado, podendo também ser conceituada, em outras palavras, “como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia)”²².

Contudo, a despeito dessa visão majoritária atual da empresa, há quem defenda que a empresa poderia ser melhor definida pelo perfil corporativo da teoria de Asquini, descartado o traço ideológico desse aspecto. Nesse sentido, o conceito da empresa sob esse perfil seria, inclusive, semelhante ao conceito econômico do autor Coase, conforme se infere do excerto a seguir:

Acontece que é justamente o perfil corporativo que os economistas se utilizam para definir a empresa, desde que se retire do referido perfil qualquer traço ou conotação meramente política. A definição dada por Asquini para tal perfil é, em síntese, a definição de firma dada por Coase. O perfil corporativo de Asquini tem a mesma definição da firma de Coase, vale dizer, a relação existente entre o empresário e seus diversos colaboradores, visando tal relação a um fim comum, equivale, em outros termos, dizer que a firma é uma coordenação de contratos, um feixe de contratos organizados e coordenados pelo empresário²³.

Essa visão perfilha uma corrente de análise econômica do Direito, também conhecida por *Law and Economics* ou *Economic Analysis of Law*, a qual interpreta a empresa sob a lógica do mercado, com o entendimento dela como um “instrumento de redução de custos e, conseqüentemente, de otimização do lucro, sendo fator determinante para as decisões a ela relacionadas os interesses do mercado”²⁴.

²¹ TOMAZETTE, Marlon. **Direito Societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 3.

²² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 18.

²³ MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. O Provável Confronto entre Alberto Asquini e Ronald Coase: uma análise dos perfis de empresa a partir da Teoria da Firma. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI - Fortaleza/CE**, Junho/2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3353.pdf>. Acesso em: 19 ago 2022. p. 386.

²⁴ CORREIA JUNIOR, José Barros **A Função Social e a Responsabilidade Social da Empresa Perante os stakeholders**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 30.

Entretanto, ainda que se entenda que o conceito jurídico da empresa decorre de conceito adotado pelas ciências econômicas tradicionais, isso não significa admitir uma análise econômica do direito como fator de correção do direito. É que a adoção de conceitos de outras áreas do conhecimento humano dentro do Direito é um fenômeno jurídico conhecido como transeficácia, que, consoante José Barros Correia Júnior, nada mais é que uma expressão utilizada por Pontes de Miranda “para configurar a transcendência da eficácia de um determinado direito ou conceito (neste caso) para além dos seus limites usuais”²⁵. Isso significa dizer que a utilização de conceitos econômicos pelo Direito fazem com que a discussão seja também jurídica. Assim, a atividade empresarial não indica apenas uma ação econômica, mas também a atividade jurídica do empresário.

Com essa perspectiva da transeficácia, é possível utilizar-se de conceitos econômicos, sem, entretanto, consentir com uma análise econômica do Direito, mas sim reconhecer que o que existe é uma análise jurídica da economia. Nessa linha, veja-se o que diz José Barros Correia Júnior:

É certo que sobre o valor do produto ou serviço se depositam influências mercadológicas, mas o mercado não pode ditar todos os rumos da atividade empresarial, sob pena de prejudicar figuras interessadas nestas atividades com o fim apenas de privilegiar o lucro empresarial. Assim, não se deve falar de uma análise econômica do direito, mas de uma transeficácia de conceitos do plano econômico para o plano jurídico. Destarte, não se faz uma análise econômica do Direito, mas verdadeiramente se deve fazer uma análise jurídica da economia(...).²⁶

De toda forma, para além de uma visão meramente liberal de uma atividade jurídica econômica organizada ou mesmo de uma visão dela, sob as lentes econômicas, como mero instrumento de lucro ou um feixe de contratos – não há como deixar de reconhecer a empresa como uma organização de relevância social. Nesse sentido, a concepção da empresa, seguindo as precisas lições de Mario Ghindini, revela que ela é:

[...] um organismo produtivo de fundamental importância social; essa deve ser salvaguardada e defendida, enquanto: constitui o único instrumento de produção de (efetiva) riqueza; constitui o instrumento fundamental de ocupação e de distribuição de riqueza; constitui um centro de propulsão do progresso, também cultural, da sociedade²⁷.

²⁵ CORREIA JUNIOR, José Barros **A Função Social e a Responsabilidade Social da Empresa Perante os stakeholders**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 26.

²⁶ CORREIA JUNIOR, José Barros **A Função Social e a Responsabilidade Social da Empresa Perante os stakeholders**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 26.

²⁷ GHINDINI *APUD* PERIN JR., Ecio. **Preservação da Empresa na Lei de Falências**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 34.

A constatação dessa importância do papel social da empresa é um fato que transcende, inclusive, a regulação jurídica interna de cada ordenamento nacional, sendo ela considerada uma das principais instituições modeladoras da cultura da civilização atual, consoante se infere de Fábio Konder Comparato:

Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa²⁸.

Também na mesma esteira de entendimento, como bem colocado por Arnold Wald, a empresa representa o elemento básico para se compreender o mundo contemporâneo, como se pode ver da transcrição abaixo:

A evolução da empresa representa, na realidade, elemento básico para a compreensão do mundo contemporâneo. Do mesmo modo que, no passado, tivemos a família patriarcal, a paróquia, o Município, as corporações profissionais, que caracterizaram um determinado tipo de sociedade, a empresa representa, hoje, a célula fundamental da economia de mercado²⁹.

Esse panorama certamente contribuiu para que tal matéria não passasse despercebida do legislador constitucional. Por conta disso, no ordenamento brasileiro atual, a noção jurídica da empresa não é influenciada apenas pela adoção da teoria da empresa no Código de 2002, mas também pela incidência das normas da Constituição de 1988, em decorrência do fenômeno jurídico conhecido por constitucionalização do Direito Privado.

Consoante explica Paulo Lôbo, “a unidade do direito das obrigações não está mais enraizada nos códigos civis, exclusivamente, mas, também, no conjunto de princípios e regras que se elevaram à Constituição [...]”³⁰. Tal assertiva também é válida para o direito empresarial, o qual também passa pelo mesmo processo de constitucionalização de suas relações. Nesse sentido, o conceito de empresa passa também a ser informado pelos valores constitucionais, mormente o seu aspecto social, consoante se infere do seguinte trecho da lavra de Requião, *in verbis*:

Hoje o conceito social de empresa, como o exercício de uma atividade organizada, destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços, na qual se refletem expressivos interesses coletivos, faz com que o empresário comercial não seja mais o empreendedor egoísta, divorciado daqueles interesses gerais, mas um produtor impulsionado pela persecução de lucro, é verdade, mas consciente de que constitui uma peça importante no mecanismo da sociedade humana. Não é ele, enfim, um homem isolado, divorciado dos anseios gerais da sociedade em que vive³¹.

²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995. p.3.

²⁹ WALD, Arnold. O direito da crise e a nova dogmática. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 12, n. 43, p. 21-44, jan/mar. 2009. p. 36.

³⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: obrigações. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 13.

A nova ordem econômica expressa na Constituição também se irradia para o espaço de regulação empresarial, a fim de se adequar ao valor constitucional de justiça social, conforme explica Tepedino:

O legislador constituinte, de maneira categórica, pretende evitar que a iniciativa econômica privada possa ser desenvolvida de maneira prejudicial à promoção da dignidade da pessoa humana e à justiça social. Rejeita, igualmente, que os espaços privados, como a família, a empresa e a propriedade, possam representar uma espécie de zona franca para a violação do projeto constitucional³².

Assim, dúvidas não há da importância da constitucionalização do direito também na conceituação da empresa e na dinâmica da regulação jurídica da atividade empresarial. Isso tem implicação bastante cara à presente dissertação, pois é o fundamento teórico que a embasa, ao tratar da aplicação da teoria do adimplemento na recuperação judicial da empresa, que parte também de um conceito de empresa calcado nessa perspectiva constitucional da sua função social e no princípio da solidariedade social.

A despeito da influência liberal na legislação infraconstitucional do Direito Privado, o intérprete jurídico jamais deve perder de vista que a legislação civil passa pelo crivo dos princípios jurídicos balizadores insculpidos na Constituição Federal, os quais se mostram especialmente caros na releitura do direito privado. Assim, não obstante a conceituação atualmente dominante da empresa³³, introduzida a partir do Código Civil de 2002, ter sido posterior à própria Constituição, ela, naturalmente, é informada pelos princípios constitucionais que a regulam, sob pena de inconstitucionalidade. Nessa linha, Paulo Lobo aduz que:

Quando a legislação civil for claramente incompatível com os princípios e regras constitucionais, deve ser considerada revogada, se anterior à Constituição, ou inconstitucional, se posterior à ela. Quando for possível o aproveitamento, observar-se-á a interpretação conforme a Constituição. Em nenhuma hipótese, deverá ser adotada a disfarçada resistência conservadora, na conduta freqüente de se ler a Constituição a partir do Código Civil³⁴.

Por fim, saliente-se que essa conceituação e regulação da empresa, sob a ótica constitucional, é o que fundamenta o debate da possibilidade de aplicação da teoria do

³¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 1. p. 76.

³² TEPEDINO, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Civil: Perspectivas Interpretativas Diante do Novo Código. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 118.

³³ Uma atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços, consoante o perfil funcional de Asquini.

³⁴ LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, jan/mar. 1999, p. 99-109. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4> . Acesso em: 28 out 2020.

adimplemento substancial também à recuperação judicial da empresa, cuja legislação de regência, se interpretada de maneira literal, aduz que qualquer descumprimento do plano de recuperação da empresa deve acarretar a convação da recuperação em falência. De toda forma, antes de tratar diretamente desse tema, imprescindível para a sua compreensão a apresentação de uma visão geral da Lei nº 11.101/2005 – elaborada para disciplinar a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária –, o que se passa a fazer a seguir.

1.2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PANORAMA ATUAL NO DIREITO BRASILEIRO

No direito clássico romano, os devedores que não honravam suas dívidas eram chamados de *decoctores*, expressão decorrente da palavra latina *coquere*, cujo significado transmitia a ideia de queimar, cozer. Assim, *decoctor* era o indivíduo que queimava o seu patrimônio, deixando em prejuízo os seus credores.

Conforme a denominada Lei das Doze Tábuas, instituídas em 451 A.C., o devedor deveria, de modo espontâneo, confessar sua dívida perante o magistrado e pagá-la em 30 dias. Caso não o fizesse, o credor poderia utilizar-se de uma ação denominada *actio per manus iniectio*, na qual, em caso de não adimplemento da dívida (*vindex*), o devedor respondia com sua liberdade, seu corpo e a sua própria vida ante o descumprimento obrigacional. Na tábua III, por exemplo, constava o direito dos credores de dividir o corpo do devedor, mantê-lo preso ou vendê-lo como escravo ao estrangeiro (*trans Tiberim*) para satisfazer seus créditos.³⁵

Em seguida, na *lex poeitia papiria*, instituída no ano 326 A.C., foi proibida a prisão, a morte ou venda do devedor, fazendo com que a responsabilidade do devedor apenas sujeitasse

³⁵ “IV- Aquele que confessa dívida perante o magistrado ou é condenado, terá 30 dias para pagar; V- Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado; VI- Se não paga e ninguém se apresenta como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso até o máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor; VII- O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério; VIII- Se não há conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias; durante os quais será conduzido em 3 dias de feira ao comitium, onde se proclamará, em altas vozes, o valor da dívida; IX- Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores; não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre” (AZEVEDO *APUD* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 330.)

o seu patrimônio³⁶. Tal documento é conhecido como umas das primeiras manifestações da responsabilidade patrimonial, tal como é conhecida na atualidade e consagrada no artigo 591 do CPC/15.

Por sua vez, Eduardo C. Silveira faz associação entre a concordata contemporânea e o *pactum ut minus solvatur*, salientando que, apesar do instituto ter objetivo primordial de resguardar a dignidade do *de cujos*, evitando a sua infâmia e favorecendo seu sucessor, ela foi o ponto de partida, na Idade Média, pelos glosadores e pelos comentadores, para a criação da concordata³⁷.

Outro importante registro histórico sobre a responsabilidade patrimonial é a *Lex Iulia*, de 17 A.C., prevendo a denominada *Cessio bonorum*, por meio da qual o devedor submeteria todos os seus bens aos credores, cedendo-lhes a posse e a propriedade³⁸. Para muitos doutrinadores, a *Cessio bonorum* seria a origem primitiva da concordata preventiva da falência. Segundo Waldemar Ferreira, em citação de Amador Paes de Almeida, a referida *Lex Julia* seria a base do moderno Direito Falimentar, senão veja-se:

Não poucos romanistas divisam na Lex Julia o assento do moderno Direito Falimentar, por ter editado os dois princípios fundamentais – o direito dos credores de disporem de todos os bens do devedor e o da *par conductio creditorum*. Desde então, o credor, que tomava a iniciativa da execução, agia em seu nome e por direito próprio, mas também em benefício dos demais credores. Com isso, veio a formar-se o conceito de massa, ou seja, da massa falida. Completava-se a *bonorum venditio*, com larga série de providências determinadas pelo pretor, contra os atos fraudulentos de desfalque do seu patrimônio, praticados pelo devedor³⁹.

³⁶ “A *Lex Poetelia* (428 ou 441 de Roma) teve por objetivo retirar ao procedimento das XII Tábuas o seu caráter penal, mitigando as conseqüências exorbitantes da manus injectio e limitar o caráter privado do processo, aumentando a ingerência do magistrado”. BATALHA, Wilson de Souza Campos; BATALHA, Silvia Marina Labate. **Falências e Concordatas**. São Paulo: Editora LTR, 1991. p. 39.

³⁷ SILVEIRA, Eduardo C. **Da Concordata no Concurso de Credores – o Precedente Romano do “Pactum ut Minus Solvatur”**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 184-186.

³⁸ NEVES, Douglas Ribeiro. **Limites do Controle Jurisdicional na Recuperação Judicial**. 2015. Tese (doutorado). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo. 2015.

³⁹ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 05.

Já no Direito *Justinianeu*, aparecem as denominadas moratórias⁴⁰, que consistem na suspensão do prazo de vencimento, deferida ao devedor de boa-fé, desde que observados os respectivos requisitos. Tais figuras jurídicas eram utilizadas até o início da Idade Moderna⁴¹, também usadas conjuntamente com o instituto da quebra (também chamada, em algumas ocasiões, de falência, tendo este vocábulo surgido do latim *fallere* e que significa, em seu sentido original, enganar ou ocultar), o qual seria oriundo da Itália e que teria sido disseminado pela Europa⁴².

No início do século XIII, nas cidades do norte italiano (Veneza, Gênova, Florença, Milão), em que se verificava um florescimento das atividades mercantis, é que se esboçaram as primeiras normas que viriam a instituir a figura jurídica da falência como típica execução patrimonial, equivalente à aplicada na atualidade. Sobre essa época medieval do Direito italiano, Nelson Abrão faz importante apontamento histórico, *in verbis*:

[...] verificamos que a falência surgiu dos estatutos medievais das cidades italianas com o escopo de, por meio de um processo expropriatório global dos bens do devedor, comerciante ou artesão, fugitivo ou que se ocultava, presumindo-se, por

⁴⁰ “Não iremos às Doze Taboas, nem mesmo ao antigo Direito Romano, surpreender a moratória. Basta lembrar que CONSTANTINO se arrogara a faculdade de conceder *litters, indutice quinquennales* ou *respirationes* aos devedores infelizes de boa fé, a fim de evitarem a perseguição dos credores. Mais tarde GRACIANO, VALENTINIANO e THEODOSIO prestaram maior atenção ao direito dos credores e impuseram como condições, para a obtenção desse favor, a prova de ser momentânea a impossibilidade de pagar, e a prestação de fiança idônea.

Finalmente JUSTINIANO deu aos credores a liberdade de, pelo voto da maioria, concederem a moratoria por prazo não superior a cinco annos.

Do Direito Romano passou a moratoria para as leis de alguns estados italianos, que floresceram na idade media e onde teve berço o Direito Commercial, applicada com o fira de subtrahir o devedor ás penas severas e infamantes da fallencia.

Na França, sob o nome de *lettres de répit*, defenses générales, con cedida indistinctamente pelos Soberanos e pelos Tribunaes, tem uma historia própria e cheia de interessantes incidentes. Chegou ao extremo de apresentar o espectáculo “do insolvel audaz insultar a miseria dos credores com a impunidade e o luxo.”

A Ordenança de 1669 trouxe profundas modificações ao que então havia, mas os abusos não puderam ser corrigidos. O Cod. Com. de 1807 achou prudente cortar o mal pela raiz repellindo esse instituto. Não foi também desconhecida a moratoria nas antigas leis da Hespanha, de Portugal, da Hollanda, da Prussia e da Austria, e neste século appareceu em diversas legislações, existindo actualmente na Hollanda, na Bélgica, na Itália, na Kouniania, em Luxemburgo e em Portugal, e nas Republicas Argentina e do Uruguay.”(grifo nosso) (MENDONÇA, José Xavier de Carvalho. **Tratado de Direito Commercial Brasileiro**. 2. ed. v. III, Livro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934. p. 489)

⁴¹ ROJO, Angél; BELTRÁN, Emilio. **Regulación de la Insolvencia: la legislación concursal**. In: *Lecciones de Derecho Mercantil. El derecho Concursal*. 9. ed. Navarra: Thomson Reuters, 2012. p. 15.

⁴² “La quebra (llamada, em ocasiones, *decoctio* y *falimento*, del verbo latino *fallere*, que significa ‘engañar’, ‘ocultarse’) es un procedimiento privado (es decir, com nula o muy escassa intervenció de los jueces, que son, además, jueces mercantiles) em elque los propios acreedores proceden a la ocupación de los biens del deudor; sesignan a unos representantes para que los administren y enajenen – los síndicos -, y com el produto obtenido se satisfacen com arreglo al principio de la par condicio”. ROJO, Angél; BELTRÁN, Emilio. **Regulación de la Insolvencia: la legislación concursal**. In: *Lecciones de Derecho Mercantil. El derecho Concursal*. 9. ed. Navarra: Thomson Reuters, 2012. p. 15)

isso, sua insolvência, lograr-se um resultado solutório, isto é, o pagamento dos credores⁴³.

Por sua vez, em razão do intenso comércio com as cidades italianas, a França também sofreu intensa influência desses seus estatutos, tendo encampado os princípios do Direito Estatutário Italiano de 1667 e onde foi criada a ordenança de Luiz XIV, a qual foi considerada “a primeira tentativa séria de codificação do Direito Comercial moderno”⁴⁴. Em seguida, tal matéria foi objeto do Código Comercial da França em 1808 no seu Livro III, exclusivamente destinado às falências e bancarrotas, em cuja elaboração interferiu diretamente Napoleão Bonaparte, o qual travou diversas discussões no Conselho de Estado, sendo célebres os debates com o Conselheiro de Estado Ségur. Nesse sentido, veja-se o que diz Rubens Requião:

É muito expressiva a reação retrógrada de Napoleão Bonaparte, ao discutir com a comissão redatora do Code de Commerce de 1807, exigindo maior intolerância e severidade contra os comerciantes falidos. Locré registrou a comparação que se tornou célebre, do Imperador, que sustentava: Em toda falência existe um corpo de delito, visto que prejudica os credores. É possível que ele não tenha má intenção, embora isso seja raro; mas o falido se defenderá. Um capitão que perde seu navio, por naufrágio, se recolhe desde logo à prisão; se se lhe reconhece que a perda de seu navio é consequência de um acidente, põe-se o capitão em liberdade⁴⁵.

No Brasil, no século XVI, com os princípios adotados pela Lei de 8 de março de 1595, promulgada por Felipe II, as Ordenações Filipinas de 1603 – que vigoravam no Reino de Castela (atual Espanha e Portugal) e, por consequência, no Brasil – consagraram pela primeira vez em nosso território o instituto jurídico da quebra⁴⁶, estabelecendo um tratamento severo ao comerciante fraudulento e criando uma distinção entre a falência culposa e a inocente. Já o processo de falência se estabeleceu por meio do Alvará de 13 de dezembro de 1795, determinado pelo Marquês de Pombal.

Com a proclamação da independência do Brasil, a lei de 30 de outubro de 1823 estabeleceu a aplicação da lei de falências de Portugal, a qual determinava a aplicação da “Lei de Boas Razão”. Esta se referia ao Alvará de 18 de agosto de 1769, que recomendava a aplicação subsidiária das “leis das nações civilizadas”, entre as quais existia a preferência pela lei do Código Comercial Napoleônico de 1807.

⁴³ ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 1993. p. 20.

⁴⁴ GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. **Recuperação Judicial de Empresas e Falência à luz da lei nº 11.101/2005**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 53-54.

⁴⁵ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. V. 1. p. 10.

⁴⁶ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 07-08.

Posteriormente, o diploma legal mais importante para a matéria foi o Código Comercial⁴⁷ de 1850, o qual tratava, em sua terceira parte, “Das quebras”, sendo introduzido no ordenamento pátrio com a então Constituição de 1824.⁴⁸ Em seguida, foram introduzidas, por meio do Decreto 738, de 25.11.1850, as normas processuais. Em críticas à legislação de falência ao tempo do referido Código e do Regulamento 738/1850, Maria Celeste Morais Guimarães citava que:

[...] 1) O processo era lento, complicado e dispendioso, prejudicando, a um tempo, credores e devedor. 2) O Código dava maior relevo e importância à apuração da responsabilidade criminal do falido do que à liquidação comercial da falência. Esta ficava na dependência daquela. Só depois de ultimada a instrução do processo da quebra e qualificada a falência, é que se podia iniciar o processo da liquidação da massa, conforme dispunha o artigo 824 do Código; quando o aconselhável é que, estabelecida a independência dos dois processos, se cuide da liquidação comercial, deixando-se o processo criminal para quando se verificarem os elementos que lhe são necessários. 3) Em terceiro lugar, e a observação é do Prof. Octavio Mendes, outra falha grave do processo de falência consistia em exigir a lei, para homologação da concordata, que fosse esta aceita pela maioria dos credores em número e que representassem pelo menos, dois terços dos créditos sujeitos aos efeitos da concordata⁴⁹.

Também é preciso mencionar o Decreto n. 3.065, de 1882, originado das críticas do Visconde de Mauá, vítima do excesso de rigor das normas do Código Comercial de então, que o impediram de fazer a concordata, cujos requisitos legais de então determinavam a reunião de mais de 3.000 credores de diversos lugares, ou ao menos a aquiescência expressa deles, o que tornava tal medida inexecutável. Nesse contexto, foi estabelecido que “a concordata podia ser concedida pela maioria dos credores que comparecessem, contanto que representassem dois terços dos créditos sujeitos aos efeitos dela”⁵⁰.

⁴⁷ Seguem alguns dispositivos do referido Código Comercial, que regulavam a concordata: “Art. 850 – A concordata deve ser negada ou outorgada, e assinada na mesma reunião em que for proposta. Se não houver dissidentes, o Juiz comissário a homologará imediatamente: mas havendo-os assinará a todos os dissidentes coletivamente oito dias para dentro deles apresentarem os seus embargos; dos quais mandará dar vista ao Curador fiscal e ao falido, que serão obrigados a contestá-los dentro de cinco dias. Os embargos com a contestação serão pelo Juiz comissário remetidos ao Tribunal do Comércio competente, no prefixo termo de três dias depois de apresentada a contestação. Art. 851 - Apresentados e vistos os embargos, proferirá o Tribunal a sua sentença, rejeitando-os, ou recebendo-os e julgando-os logo provados. Todavia, se ao Tribunal parecer que a matéria dos embargos é relevante mas que não está suficientemente provada, poderá assinar dez dias para a prova; e findo este prazo, sem mais audiência que a do Fiscal, os julgará a final”.

⁴⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Lei 11.101/2005 Comentada artigo por artigo. 10. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 53.

⁴⁹ GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. **Recuperação Judicial de Empresas e Falência à luz da lei nº 11.101/2005**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 25-26.

⁵⁰ GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. **Recuperação Judicial de Empresas e Falência à luz da lei nº 11.101/2005**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 26.

Com o advento da República, a matéria foi regulada pelo Decreto n. 917⁵¹, de 24.11.1890 (que revogou toda regulação anterior), e, mais a frente, pela Lei n. 859, de 16.08.1892, em substituição ao decreto anterior.

Por sua vez, a citada Lei n. 859 foi revogada pela Lei n. 2.204, de 17.12.1908, de autoria intelectual de J. X. Carvalho de Mendonça, dando mais agilidade e dinamismo ao regramento legal então adotado, na qual “houve um acentuado avanço, sendo superior a todas as que a precederam, podendo ser colocada entre as melhores e mais completas das então vigorantes entre as nações cultas, sobre essa matéria”⁵². Após constatação de defeitos e lacunas, ela foi revogada pelo Decreto n. 5.746, de 09.12.1929⁵³, o qual foi influenciado pelo advento da Primeira Guerra Mundial e a respectiva mudança na economia global.

Em 21.06.1945, sob a égide do art. 180 da Constituição de 1937, a qual fora outorgada por Getúlio Vargas em pleno regime de exceção, foi introduzido o Decreto-Lei n. 7.661/45, reforçando os poderes do magistrado e diminuindo os poderes dos credores, transformando a concordata, tanto a suspensiva quanto preventiva, num favor (legal) do Estado ao comerciante em crise financeira. As principais alterações feitas pelo referido Decreto-Lei foram mencionadas por Lincoln Prates, as quais são a seguir delineadas:

- a) não se enumerou as obrigações líquidas e certas, cuja falta de pagamento conduzia a falência, e nem se fez distinção entre dívida civil e mercantil;
- b) o art.5º estabeleceu que o sócio solidaria e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não eram atingidos pela falência da sociedade, mas lhes são extensivos, na falta de disposição especial, todos os direitos e sob as mesmas penas, todas as obrigações que cabem ao devedor falido;
- c) suprimiu-se, na fase de liquidação da falência, a nomeação de liquidante pelo juiz para se evitar a cisão da administração;
- d) institui-se o inquérito judicial, inexistindo na legislação anterior, o qual poderia ser requerido pelo síndico, ou por qualquer credor, para apurar-se a responsabilidade criminal do falido, que podia ser promovida por denúncia do Ministério Público, ou, na sua falta, por queixa de qualquer credor;
- e) a concordata passou a ser requerida ao juiz, cuja sentença substituíria a vontade dos credores na formação do contrato entre eles e o devedor;
- f) suprimiu-se, ainda, a classificação da falência em criminosa ou fraudulenta, distribuindo as modalidades delituosas por artigos, conforme a gravidade delas e cominando as penas correspondentes;

⁵¹ Conforme Lincoln Prates, a grande inovação desse diploma legal foi “que a quebra em vez de resultar, como anteriormente da insolvência do devedor, passou a estribar-se em sua impontualidade” (PRATES *APUD* GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. **Recuperação Judicial de Empresas e Falência à luz da lei nº 11.101/2005**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 26).

⁵² MENDONÇA *APUD* GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. **Recuperação Judicial de Empresas e Falência à luz da lei nº 11.101/2005**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 27.

⁵³ PERIN JÚNIOR, Êcio. **Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.

g) eliminou-se o instituto da reabilitação pelo qual o falido, satisfeita as condições legais, era restituído, por sentença, a situação anterior à falência, passando a vigorar, no seu lugar, o processo de extinção das obrigações do falido [...]⁵⁴

Entre tantas nuances da legislação em comento, destaque-se que a concordata se firmou como um ato processual, em que o juiz examinava e julgava se a proposta feita pelo devedor cumpria com os requisitos previstos na legislação falimentar, substituindo a vontade dos credores na sentença. Tratava-se, portanto, de um ato de favor legal, diferente do regramento atual, em que os credores exercem papel de protagonista na recuperação judicial, razão pela qual o deferimento desta é considerado um favor creditício.

Em seguida, foi promulgada a Lei nº 7.274/1984, a qual promoveu diversas alterações no citado Decreto-Lei n. 7.661/45. Posteriormente, após a Constituição Federal de 1988, promulgada em regime Democrático de Direito, adveio a Lei n. 11.101/2005, a qual, não obstante diversas modificações posteriores, permanece como a principal lei para regular a insolvência empresarial. Esta lei, além de tratar da falência, introduziu as figuras jurídicas da recuperação judicial e extrajudicial no ordenamento jurídico pátrio.

Trata-se de diploma legislativo imprescindível para os casos de insolvência empresarial, pois permite que empresas sob uma circunstancial crise financeira se reergam, voltando a produzir riquezas para a sociedade e estimulando, em sentido amplo, a retomada ou fortalecimento do ciclo virtuoso do desenvolvimento econômico.

Sob a influência do princípio da preservação da empresa e do modelo norte-americano do instituto de recuperação de empresas, foi editada a Lei nº 11.101/2005, a qual revogou o Decreto-Lei n. 7.661/45 (também chamada de Legislação de Falências e Concordatas), com o objetivo de modernizar o aparato jurídico para lidar com o cada vez mais intrincado e complexo problema de insolvência das empresas. Consoante Rubens Machado, o modelo anterior de concordata mostrava-se bastante ineficaz, tendo em vista que “raramente uma empresa em concordata conseguia sobreviver e, mais raramente ainda, uma empresa falida era capaz de desenvolver a continuidade de seus negócios”⁵⁵.

As disposições da Lei nº 11.101/2005 – também conhecida como de Lei de Falências e Recuperação Judicial e Extrajudicial – não constituem um fenômeno isolado do ordenamento

⁵⁴ PRATES, Lincoln. **Manual de Direito Comercial**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1954. t.1. p. 16-17.

⁵⁵ MACHADO, Rubens Approbato. Visão geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que reforma o Decreto-Lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências) e cria o instituto da Recuperação da Empresa. *In: Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 22.

brasileiro, mas são frutos de uma tendência do século XXI de incentivo à superação das crises financeiras da empresa.

À luz dos debates inerentes a essa importância central da empresa na sociedade contemporânea, pode-se dizer que foi adotado, pela mencionada Lei nº 11.101/2005, um novo enfoque do Direito concursal, que, para além dos interesses dos credores e devedores e de uma visão meramente liquidatária da falência, passou também a levar em conta o interesse social na atividade empresarial. Nesse sentido, aduz Jorge Lôbo que:

os superiores direitos e interesses da empresa, dos seus empregados e da comunidade em que ela atua, pois as dificuldades econômicas, financeiras, técnicas, tecnológicas e gerenciais da empresa não preocupam somente ao devedor e a seus credores, porém, por igual, ao Poder Público e à coletividade, sendo certo que, além e acima do interesse privado de composição dos conflitos entre devedor e seus credores, há o interesse público e social da preservação, reorganização, saneamento e desenvolvimento da empresa⁵⁶.

Também comentando os princípios que inspiraram a elaboração da Lei nº 11.101/2005, Tzirulnik afirma que:

[...] Os princípios fundamentais que nortearam a elaboração da Lei 11.101/2005 incluem a preservação da empresa; a separação dos conceitos de empresários e empresas recuperáveis; a retirada do mercado de empresas ou empresários não recuperáveis; a proteção aos trabalhadores; a redução do custo do crédito no Brasil; a eficiência dos processos judiciais; a segurança jurídica; a participação ativa dos credores; a maximização do valor dos ativos do falido; a desburocratização da recuperação de micro e pequenas empresas; e o rigor na punição de crimes relacionados à falência e a recuperação judicial⁵⁷.

Assim, partindo desse novo enfoque do Direito Concursal, a Lei nº 11.101/2005 alterou substancialmente a legislação falimentar brasileira, revogando, basicamente, todas as modalidades (preventiva e suspensiva) de concordata e, em substituição, introduzindo novos institutos jurídicos ao ordenamento pátrio, quais sejam, a recuperação judicial e extrajudicial, mantendo o instituto jurídico de falência. Isso acarretou profunda modificação na maneira como a insolvência empresarial passou a ser tratada no direito brasileiro. Basicamente, ela tirou o protagonismo do juiz na ação de recuperação judicial, conferindo aos credores um papel muito mais ativo, a) tornando-a um ato de favor creditício; b) trouxe uma flexibilidade muito maior para as regras de recuperação judicial, em oposição à rigidez da concordata; e c) diferentemente da concordata, deu maior importância à questão da origem da crise financeira e suas soluções, associando tais questões ao empresário em recuperação. Essa nova lei

⁵⁶ LÔBO, Jorge. Direito da Crise Econômica da Empresa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, n. 754, p. 11-44, ago/1998. p. 12.

⁵⁷ TZIRULNIK, L. *Recuperação de Empresas e Falências: Perguntas e Respostas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 31.

também previu uma modalidade específica para recuperação da microempresa e da empresa de pequeno porte.

A recuperação judicial é classificada pela doutrina como a recuperação ordinária, já a extrajudicial é denominada extraordinária e, no caso das microempresas ou de pequeno porte, chama-se de especial. No presente caso, apenas se tratará da recuperação ordinária, ou seja, a judicial, que é o que interessa aos escopos do presente trabalho.

Para Maria Celeste Morais Guimarães, a recuperação judicial é uma ação judicial destinada a superar a condição de crise econômico-financeira do devedor, protegendo a “manutenção da fonte produtora, do emprego de seus trabalhadores e os interesses dos credores, viabilizando, dessa forma, a realização da função social da empresa”⁵⁸. Na mesma linha de raciocínio, segundo Sérgio Campinho:

A recuperação judicial, segundo perfil que lhe reservou o ordenamento apresenta-se como um somatório de providências de ordem econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade produtiva de um empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade auto-sustentável, superando, com isso, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário -, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesse do credores (cf. Art. 47)⁵⁹.

A recuperação judicial também pode ser vista como um procedimento, um contrato judicial, até sob uma nuance teleológica ou mesmo principiológica, conforme se infere do pensamento de Marlon Tomazzete, para quem a recuperação judicial seria um:

[...] conjunto de atos, cuja prática depende de concessão judicial, com objetivo de superar as crises de empresas viáveis. Assim, podemos estabelecer os elementos essenciais da recuperação judicial: (a) série de atos; (b) consentimento dos credores; (c) concessão judicial; (d) superação da crise; e (e) manutenção das empresas viáveis⁶⁰.

Igualmente, Souto Costa diz que o processo de recuperação judicial da empresa tem a natureza de um grande acordo coletivo, que, após a homologação judicial, opera a novação das dívidas do empresário, as quais ostentam condições mais favoráveis e diferenciadas que as anteriores, consistindo num momento solene de início de uma nova fase jurídica da empresa e dos respectivos credores para superação da crise⁶¹.

⁵⁸ GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. **Recuperação Judicial de Empresas e Falência à luz da lei nº 11.101/2005**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 126.

⁵⁹ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 150.

⁶⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3: Falência e recuperação de empresas. p. 42.

É imperioso ressaltar também a recente alteração da Lei nº 11.101/2005 pela Lei nº 14.112/2020, de 24 de dezembro de 2020, na qual pode-se destacar, em síntese, os seguintes pontos principais de inovação: a) no seu art. 6, inciso III, previu nova hipótese de suspensão nos casos de penhora no art. 6, inciso III; b) no seu art. 52, inciso II, passou a possibilitar a dispensa de apresentação da certidão negativa de débitos pela empresa em recuperação, viabilizando o recebimento de valores ou participação em licitações; c) em seu art. 6-A, proibiu a distribuição de lucro e dividendos a sócios e acionistas até a aprovação do plano de recuperação; d) no seu art. 10, §§ 7º e 9º, possibilitou a consolidação definitiva do quadro geral de credores da pessoa jurídica devedora antes do julgamento de todas habilitações; e) consoante seu art. 69-A, possibilitou o financiamento da pessoa jurídica em recuperação, depois de ouvido o Comitê de Credores; f) fez detalhamento da recuperação judicial para os casos de grupo econômico, dividindo-a em duas hipóteses: consolidação processual (arts. 69-G a I) e consolidação substancial (arts. 69-J a L); g) embora já prevista em outros diplomas legislativos, passou a prever a desconsideração da personalidade jurídica, conforme o seu art. 82-A; h) passou a prever, em seu art. 56, §4º, a possibilidade de apresentação do plano de recuperação, no caso de rejeição do plano apresentado pelo devedor, também pelos credores (antes só era possível ao devedor apresentá-lo); e i) no seu art. 75, especificou, de maneira detalhada, os objetivos da decretação de falência. Embora não se refira à Lei nº 11.101/2005, merece também menção a introdução na nova lei da possibilidade de parcelamento fiscal federal em até 120 (cento e vinte) prestações, alterando o art. 10-A e seguintes da Lei nº 10.522/2002.

Nesse contexto, observa-se que a Lei nº 14.122/2020 não apenas preservou o espírito da Lei nº 11.101/2005, como reforçou a tendência de viabilização da recuperação das empresas. Essa tendência está materializada no art. 47 da Lei nº 11.101/2005, o qual se manteve intacto às posteriores modificações citadas. Segundo ele, a recuperação judicial da empresa tem como objetivo principal viabilizar a superação de crises temporárias do empresário, destinando-se, assim, apenas a empresas devedoras cuja viabilidade seja demonstrada. É o que se infere de seu explícito conteúdo, o qual segue abaixo transcrito:

Art. 47. 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.

⁶¹ COSTA, Thierry Phillippe Souto. A Novação dos Créditos na Recuperação Judicial. *In: Recuperação Judicial: Da Necessidade à Oportunidade*. São Paulo: Ltr, 2013. p. 131.

Em outras palavras, fica claro que o objetivo da recuperação judicial é apenas tratar de crises financeiras transitórias ou, em outras palavras, crises passíveis de superação. Apenas aquelas empresas que demonstrem viabilidade devem ter o processamento da recuperação judicial deferido, mesmo porque o fracasso de empresas não configura evento a ser evitado a qualquer custo, mas somente quando prevê-se uma viabilidade de continuá-la. Nesse sentido, sob o enfoque da doutrina norteamericana, o encerramento de empresas sem condições quaisquer de continuidade não significa um mal absoluto⁶², mas um fenômeno natural do sistema capitalista, que acaba por se renovar-se, em tais episódios, melhorando a eficiência dos mercados.

No caso de óbices definitivos que demonstrem a inviabilidade empresarial, não seria apropriado utilizar-se da recuperação judicial da empresa, mas sim do instituto jurídico da falência, que, nesse caso, é o instrumento adequado para regular a situação de extinção das atividades empresariais em crise.

Também na mesma toada, em relação aos objetivos da recuperação judicial, Waldo Fazzio Júnior aduz que ele passa a ser a maximização de possibilidades dos credores ou, ao menos, deve mostrar o esforço de que os credores obtenham um retorno financeiro superior ao que receberiam com a falência do devedor. Assim, arremata que não há como se negar que é um instrumento legal da “viabilização da empresa devedora, não para proteger seus sócios ou administradores, mas com o fito de conservar os empregos que oferece e continuar produtiva no mercado”.⁶³

Por sua vez, consoante Jorge Lobo⁶⁴, a recuperação judicial da empresa tem um pressuposto objetivo e outro subjetivo. O pressuposto subjetivo consiste na legitimidade de pleitear recuperação judicial, o que é conferido ao empresário individual ou à sociedade empresária, o denominado devedor⁶⁵, nos termos do art. 1º da Lei nº 11.101/2005. Por outro lado, o pressuposto objetivo é o estado de crise econômico-financeira do devedor, o qual se configura com o inadimplemento, iliquidez e/ou insolvência.

⁶² SPRAYREGEN, James H. M.; HIGGINS, Roger J.; FRIEDLAND, Jonathan. Chapter 11: not perfect, but better than the alternative. *American Bankruptcy Institute Journal*, v.1, p.6, October 2005.

⁶³ FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 126.

⁶⁴ LOBO, Jorge. Da recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 183-184.

⁶⁵ Consoante o §1º do art. 48 da Lei nº 11.101/2005, também podem solicitar a recuperação judicial o “cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente”.

Em geral, consoante o disposto no art. 49 da Lei nº 11.101/2005, estão sujeitos à recuperação judicial os créditos existentes na data do ajuizamento da ação de recuperação, estejam vencidos ou por vencer, ressalvadas as exceções previstas expressamente na legislação⁶⁶.

Quanto à possibilidade de utilização da ação de recuperação judicial da empresa, o art. 48 da Lei nº 11.101/2005 exige o atendimento dos seguintes requisitos cumulativos: a) o exercício regular da atividade empresarial por pelo menos dois anos; b) não ser falido ou, em caso positivo, ter declaradas extintas, em sentença transitada em julgado, as responsabilidades decorrentes da falência; c) não lhe ter sido concedida outra recuperação judicial num prazo de cinco anos; d) não ter sido condenado ou ter administrador ou sócio controlador condenado por crimes previstos nessa lei. A Lei nº 11.101/2005 trouxe, em seu art. 50⁶⁷, um rol não taxativo de diversas medidas que podem ser adotadas no decorrer do processo judicial de recuperação da empresa. Essas medidas não são impositivas, ficando ao livre alvedrio das partes, para decidir tomá-las isoladamente ou até mesmo em conjunto com outras medidas não previstas. As medidas previstas no citado rol são as denominadas típicas, já aquelas não previstas são as chamadas atípicas. Evidentemente, qualquer outra medida atípica poderá ser

⁶⁶ Por exemplo, consoante Tarcísio Teixeira, não podem ser objeto de recuperação judicial os créditos a seguir: a) aqueles de natureza tributária (Art. 57 da LRF c/c art. 187 do CTN); b) os oriundos de credores do devedor (em recuperação judicial) em face dos coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, §1º, da LRF); c) aqueles derivados de adiantamento de contrato de câmbio para exportação – ACC – recebidos pelo devedor (art. 49, §4º c/c art. 86, II, da LRF); d) do arrendador mercantil, do proprietário fiduciário, do promitente vendedor de imóvel cujos contratos tenham previsão de irrevogabilidade ou irretroatividade e do proprietário em contrato de venda com cláusula de reserva de domínio (art. 49, §3º, da LRF). (TEIXEIRA, Tarcísio. A recuperação judicial de empresas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. V. 106/107. P. 181-214. Jan/dez. 2011/2012. p. 188-189).

⁶⁷ Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I - concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II - cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III - alteração do controle societário; IV - substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V- concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI- aumento de capital social; VII- trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII- redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX- dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X- constituição de sociedade de credores; XI- venda parcial dos bens; XII- equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII- usufruto da empresa; XIV- administração compartilhada; XV- emissão de valores mobiliários; XVI- constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor; XVII - conversão de dívida em capital social; XVIII - venda integral da devedora, desde que garantidas aos credores não submetidos ou não aderentes condições, no mínimo, equivalentes àquelas que teriam na falência, hipótese em que será, para todos os fins, considerada unidade produtiva isolada.

deferida, desde que não atente contra a norma de ordem pública, moral, boa-fé objetiva e função social do contrato.

Sob o aspecto processual, a Lei nº 11.101/2005 dispõe que a recuperação judicial constitui uma ação, cuja petição inicial deverá ser elaborada com os documentos e informações previstas no respectivo art. 51, como, por exemplo, exposição das causas da crise financeira-econômica, relação dos credores, descrição das sociedades de grupo societário de fato ou de direito, relação de empregados e respectivos débitos, relatório detalhado do passivo fiscal, demonstrações contábeis, etc.

Por sua vez, após a distribuição da ação, se estiver configurada a regularidade e completude da documentação, seja por exame direto do juiz ou, nos termos do art. 51-A, por meio de exame de profissional de confiança nomeado para o exame da regularidade da documentação, será deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos do art. 52 do diploma legal em questão. Nesse mesmo despacho, o juiz determinará: a) a nomeação do administrador judicial; b) a dispensa da apresentação de certidões negativas para o exercício das atividades empresariais; c) a suspensão das ações e execuções contra o devedor; d) apresentação de contas demonstrativas mensais pelo devedor; e) intimação do ministério público e fazendas públicas em que o devedor tiver estabelecimento; e f) expedição de edital contendo resumo do pedido, relação dos credores, prazos para habilitação dos créditos, prazo para credores apresentarem objeção ao plano de recuperação apresentado pelo devedor. Nesse ponto, cumpre salientar que, uma vez deferido o seu processamento, o devedor não poderá desistir da recuperação judicial, salvo expressa autorização da assembleia de credores, nos termos do §4º do art. 52 em tela.

Dessa forma, deferido o trâmite da recuperação judicial, o devedor terá que apresentar, no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, o plano de recuperação judicial, consoante o art. 53 da Lei de Recuperação e Falência. Sobre este aspecto, cumpre salientar a já citada mudança operada pela Lei nº 14.112/2020, que passou a prever a hipótese de também o credor apresentar o plano de recuperação, caso o plano apresentado pelo devedor seja rejeitado. Já na hipótese do plano de recuperação judicial não ser apresentado, a ação de recuperação será convalidada em falência (art. 53 c/c art. 73 da LRF).

O plano de recuperação pode ser conceituado, em síntese, como o acordo entre devedor(es) e Assembleia-Geral de Credores sobre a estratégia de recuperação da empresa, o qual é submetido à homologação pelo juiz. Ele é a peça mais importante do processo de

recuperação, pois nele está centralizada a forma de satisfação dos credores e o modo como a empresa será recuperada. Sobre a relevância do plano de recuperação judicial, veja-se o seguinte excerto de Fábio Ulhoa Coelho:

A mais importante peça do processo de recuperação judicial é, sem sombra de dúvidas, o plano de recuperação judicial (ou de “reorganização de empresa”). Depende exclusivamente dele a realização ou não dos objetivos associados ao instituto, quais sejam, a preservação ou não da atividade econômica e cumprimento da sua função social. Se o plano de recuperação é consistente, há chances de a empresa se reestruturar e superar a crise em que mergulha. Terá, nesse caso, valido a pena o sacrifício imposto diretamente aos credores e, indiretamente a toda a sociedade brasileira. Mas se o plano for inconsistente, limitar-se a um papelório destinado a cumprir mera formalidade processual, então o futuro do instituto é a completa desmoralização⁶⁸.

Rachel Sztajn observa que o plano de recuperação é um contrato de tipo associativo incompleto, uma vez que a “dinâmica dos incentivos presentes (ou inexistentes) no plano depende do lapso temporal envolvido, e da reputação dos contratantes”⁶⁹.

O plano tem objetivo primordial proporcionar e demonstrar a viabilidade da empresa, o que ocorre, consoante a prática empresarial-comercial estadunidense, ao se concretizar um projeto que sustente um positivo *going concern value*. Consoante Nelson Rodrigues Netto, “Este conceito, empregado no presente contexto, pode ser traduzido como o valor da empresa em funcionamento. É a expectativa positiva, em termos econômicos, da manutenção da empresa”⁷⁰.

O plano de recuperação judicial não é imposto com rigidez formal, não se submetendo a modelos ou formulários⁷¹, mas tem que passar pela adoção daquelas medidas já aqui tratadas quando da análise do rol descrito no art. 50 da Lei nº 11.101/2005 ou outras não previstas, as denominadas medidas atípicas, as quais, como já colocado, devem ser compatíveis com o ordenamento jurídico. Além do mais, os elementos essenciais do plano devem ser apresentados logo de início, uma vez que, como alerta Marlon Tomazette, a “apresentação de

⁶⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 219-220.

⁶⁹ SZTAJN, Rachel. A Recuperação de Empresas em Crise: Incompletude Contratual e Reputação. **Revista de Direito Empresarial – ReDE**, n. 4, jul. 2014, São Paulo. p. 116.

⁷⁰ RODRIGUES NETTO, Nelson; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina Labate Batalha de; BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 104.

⁷¹ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**. Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3. p. 207.

um plano de recuperação judicial incompleto equivale a sua não apresentação e, por isso, conduzirá à falência”⁷².

Consoante os incisos I a III do art. 53 da Lei nº 11.101/2005, o plano de recuperação judicial deve conter os seguintes requisitos: a) descrição pormenorizada dos meios de recuperação (com base no citado art. 50 da LRF) e seu resumo; b) demonstração da viabilidade econômica e c) laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional ou empresa habilitada.

O deferimento do processamento da recuperação judicial implica a suspensão do prazo prescricional das obrigações do devedor, das execuções judiciais contra o devedor e proibição de medidas cautelares contra os bens do devedor relativas aos créditos ou obrigações que se sujeitem à recuperação (art. 6º da LRF, incisos I, II e III).

Em seguida, após a apresentação do plano, o juiz determinará a sua publicação, fixando prazo para que os credores possam apresentar sua objeção. Na hipótese de não haver nenhuma objeção ao plano ou de posterior aprovação do plano em assembleia dos credores, cuja alteração também depende da concordância do devedor (art. 56, §3º, LRF), será concedida a recuperação judicial, consoante previsto no art. 58 da Lei nº 11.101/2005, desde que também cumpridas as demais exigências dessa lei.

Com a homologação do plano de recuperação judicial, haverá a novação dos créditos anteriores ao pedido, obrigando o devedor e credores a ele sujeitos (art. 59 da LRF), configurando-se a decisão que concede a recuperação como título executivo judicial (art. 59, §1º, da LRF).

Cumprido o plano de recuperação, a recuperação judicial será encerrada por meio de sentença (art. 63 da LRF, *caput*). Caso haja descumprimento no prazo de 2 anos após a concessão da recuperação, deverá haver convocação da recuperação em falência (art. 61, §1º, combinado com o art. 73, inciso IV, da LRF) ou, se for em prazo superior, poderá haver execução específica da obrigação ou convocação em falência, caso requerida pelo credor (art. 62 combinado com o art. 94, III, g, ambos da LRF).

Nesse passo, feita essa breve contextualização dos aspectos principais da recuperação judicial e de seu respectivo plano, indaga-se qual a natureza jurídica desse instituto jurídico, sendo este questionamento objeto principal da seção a seguir.

⁷² TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial..** Falências e Recuperação de Empresas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 3. p. 191.

1.3. A NATUREZA JURÍDICA DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO

1.3.1. A Classificação dos Fatos Jurídicos de Pontes de Miranda como Instrumento Conceitual para Dissecação da Natureza Jurídica do Plano de Recuperação Judicial da Empresa

Definir a natureza jurídica de qualquer instituto também significa classificá-lo. Classificar pode ser tido como um ato de organização racional do caótico fenômeno da realidade por critérios lógicos de semelhança e diferença, amoldando a percepção do mundo real à racionalidade humana.

A classificação expõe o objeto a comparações, aproximando-o por meio de traços comuns com outros objetos e especificando-o naquilo que se diferem. Quanto maior a dessemelhança com outros elementos, mais específica é a classificação do objeto tratado; quanto maior a semelhança com outros objetos, mais comum e geral a classificação.

Com entendimento alinhado ao que aqui se expõe, veja-se o que ensina Marcos Bernardes de Mello sobre o ato de classificar, *in verbis*:

Uma classificação deve, como uma definição, individualizar as espécies considerando dados essenciais que lhes são próprios e exclusivos, portanto, que as caracterizam e as distingam das demais. Por isso, elementos acidentais ou comuns a mais de uma espécie não podem servir de base a uma taxonomia⁷³.

No âmbito das ciências jurídicas, são notáveis os esforços de classificar o fenômeno jurídico por Pontes de Miranda, o qual construiu sua própria teoria do fato jurídico, concepção também disseminada por Marcos Bernardes de Mello e seguida por diversos doutrinadores nos mais diversos campos de atuação jurídica.

Para Pontes de Miranda, o fato jurídico é produto da incidência da norma jurídica sobre o suporte fático⁷⁴. Assim, segundo Pedro Nogueira “o mundo jurídico é o conjunto delimitado pelos fatos que adquiriram relevância para o Direito, através da incidência”⁷⁵. Por sua vez, conforme se infere dos ensinamentos de Lourival Vilanova, o sistema de proposições da ciência jurídica carece da mediação das proposições jurídicas que qualificam os fatos, ou

⁷³ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**: plano de existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva educação. 2019. p. 179.

⁷⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado I**. Rio de Janeiro: Borsó, 1954. p. 74.

⁷⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4 ed. Salvador: Juspodium, 2020. p. 36.

seja, “sem as proposições normativas do direito positivo, nenhum fato do mundo pertence ao universo jurídico”⁷⁶.

Conforme Pontes de Miranda, a norma jurídica é uma proposição que prevê fatos de possível ocorrência na realidade. Tais fatos abstratamente previstos na norma formam o denominado suporte fático⁷⁷. Quando se concretiza fato previsto no suporte fático da norma, ocorre o citado fenômeno da incidência, que nada mais é que uma operação lógico-infalível de subsunção de um fato concreto ao suporte fático abstrato da norma. Dessa operação, surge o fato jurídico e apenas dele provém a denominada eficácia jurídica⁷⁸.

O fato jurídico forma o conjunto do mundo jurídico, o qual, consoante Pontes de Miranda, pode ser dividido em três planos: o da existência, validade e eficácia. Essa divisão dos planos jurídicos se relaciona com o ciclo de formação do fato jurídico e não propriamente com a sua natureza, separando as dimensões em que o fato jurídico nasce para o mundo do Direito (plano da existência), tornando-se compatível com o sistema jurídico (plano da validade), para, ao fim, alcançar a sua finalidade jurídica (plano da eficácia).

Em relação ao fato jurídico, a classificação adotada por Pontes Miranda é feita com base “na rigorosa aplicação do critério de individuá-los com fundamento nos dados nucleares (cerne) de seu suporte fático”⁷⁹. Por esse critério, os fatos jurídicos podem ser classificados com base na sua conformidade (lícitos) ou contrariedade (ilícitos) ao Direito. Neste trabalho, o estudo se restringe às espécies dos fatos jurídicos lícitos.

Esse abrangente conjunto de fatos jurídicos (lícitos) em sentido amplo pode ser subdividido por um outro critério classificatório, consistente na aferição da existência de previsão na composição do suporte fático de conduta volitiva consciente ou não. Com base nesse critério, os atos podem ser classificados em fato jurídico *stricto sensu*, ato-fato jurídico e ato jurídico *lato sensu*.

O fato jurídico em sentido estrito é aquele em cujo suporte fático não há qualquer menção à interferência da vontade humana para sua consecução, sendo um acontecimento da natureza. Segundo Marcos Bernardes de Mello, *in verbis*:

⁷⁶ VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1977. p. 118.

⁷⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações I**. Campinas: Bookseller, 1998. p. 21.

⁷⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado I**. Rio de Janeiro: Borsó, 1954. p. 4.

⁷⁹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano de existência**. 22. ed. São Paulo: Saraiva educação. 2019. p. 179.

Todo fato em que, na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial, denomina-se fato jurídico *stricto sensu*. O nascimento, a morte, o implemento da idade, a confusão, a produção de frutos, a aluvião, a avulsão, são exemplos de fatos jurídicos *stricto sensu*⁸⁰.

Já o ato-fato jurídico é aquele cujo suporte fático descreve uma conduta humana (comissiva ou omissiva), mas cujo elemento anímico (finalidade consciente da vontade) é irrelevante para a sua configuração. Como exemplos, pode-se citar a pesca, a especificação, prescrição, etc. Nesse mesmo sentido, sobre essa espécie, Marcos Bernardes de Mello ensina que:

Como a conduta que está à base da ocorrência do fato é da substância do fato jurídico, a norma jurídica a recebe como avolitiva, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem; não importa, assim, se houve, ou não vontade em praticá-la⁸¹.

Por sua vez, os atos jurídicos em sentido amplo são aqueles cujo suporte fático descreve um consciente ato volitivo humano, destinado à produção de um resultado jurídico protegido, permitido e possível. Nesse mesmo diapasão, Marcos Bernardes de Mello aduz que o ato jurídico é “o fato jurídico cujo suporte fático prevê como seu cerne uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objeto obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível”⁸².

Quando regula esses atos jurídicos, o Direito pode receber a vontade humana já devidamente categorizada, sem espaços para autorregulação e com inexoráveis efeitos jurídicos ou, além da voluntariedade na realização do suporte fático, pode deixar, dentro de certos limites, espaço para autorregulação pela manifestação de vontade das partes.

A primeira espécie constitui o denominado ato jurídico em sentido estrito, o qual, consoante Marcos Bernardes de Mello, é

o fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas⁸³.

Já o segundo tipo de ato jurídico acima delineado pode ser conceituado como aquela exteriorização de vontade em que há espaço para autorregulação, nos limites da lei, das

⁸⁰ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**: plano de existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva educação. 2019. p. 193.

⁸¹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**: plano de existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva educação. 2019. p. 198.

⁸² MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**: plano de existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva educação. 2019. p. 208.

⁸³ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**: plano de existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva educação. 2019. p. 230.

categorias e efeitos jurídicos decorrentes do fato jurídico. Esse é o denominado negócio jurídico, cujo conceito foi devidamente clarificado por Marcos Bernardes de Mello, *in verbis*:

[...] o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente da vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico⁸⁴

Segundo Pontes de Miranda, o negócio jurídico pode ser conceituado como “uma das classes dos atos jurídicos em que há, como elemento fático, manifestação de vontade”. Portanto, isso significa dizer que o negócio jurídico tem como conteúdo “situações em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações, ou exceções, tendo por fim esse acontecimento do mundo jurídico”⁸⁵. Assim, pelo seu conceito, observa-se que o negócio jurídico é uma figura em que o conceito de autorregramento da vontade⁸⁶ das partes ocupa um papel central, pois o seu elemento volitivo não se realiza apenas na concretização do suporte fático, mas também na escolha de seus efeitos, sendo essencial para formar aquilo que se denomina fim negocial. É nessa espécie que se enquadra o plano de recuperação judicial da empresa, conforme será detalhado mais adiante.

Cabe ainda salientar que essas categorias jurídicas podem ser subdivididas em outras mais específicas, como, por exemplo, negócios jurídicos unilaterais ou plurilaterais, contudo, tais distinções serão feitas ao passo em que for feito o exame da natureza do plano de recuperação jurídica, sob o enfoque da teoria ponteaniana.

Com efeito, o plano de recuperação da empresa é um fato em que há incidência das normas jurídicas, de modo que não há dúvidas de que se trata de um fato jurídico. Por sua vez, fica claro que se trata de um fato cuja configuração necessita de manifestação de vontade das partes (proposta e aprovação do plano), do que se conclui evidenciar-se um ato jurídico em sentido amplo. Percebe-se também que a este ato jurídico é conferida ampla capacidade de autorregramento para as partes, pois elas não apenas manifestam concordância à recuperação da empresa, como também regulam como se dará essa recuperação, definindo, por exemplo, os prazos de pagamento de obrigações vencidas e vincendas, alienação parcial de bens,

⁸⁴ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**: plano de existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva educação. 2019. p. 256.

⁸⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de; EHRHARDT JR., Marcos. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 55.

⁸⁶ Sobre o uso desse termo no lugar de autonomia da vontade, conferir: NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4 ed. Salvador: Juspodium, 2020. p. 158.

alteração de controle societário, enfim, uma infinidade de medidas típicas (descritas no art. 50 da LRF acima já citado) ou atípicas, o que confere larga margem de liberdade negocial. Nesse contexto, não há dúvidas de que o plano de recuperação constitui um negócio jurídico.

Ademais, o já citado art. 59 aduz que a homologação do plano de recuperação implica a novação dos créditos anteriores ao pedido de recuperação judicial, o que, ainda que essa novação tenha aspectos diferentes da novação descrita no Código Civil, aponta a natureza de negócio jurídico do plano de recuperação. Também no mesmo diapasão, Mauro Rodrigues Penteado assevera que a recuperação judicial se caracteriza:

[...] **como negócio jurídico** [...] que é realizado mediante uma proposta do devedor (o Plano), ao qual podem aderir sem reserva aos credores, desde que silenciem no prazo legal das objeções (art. 55), ou então aprovado, integralmente ou com modificações, pela assembleia-geral de credores (art. 35, inc. I, a). **Trata-se de negócio jurídico privado, realizado sob supervisão judicial, vinculado ao cumprimento das exigências da nova Lei (art. 58, caput, 1ª parte)**, ou seja, à “forma prescrita ou não defesa em lei” a que se refere o art. 104, inc. III, do CC, dispositivo que inaugura o Título I, Livro III, da Parte Geral, ‘Do Negócio Jurídico’, no novo sistema de direito privado obrigacional unificado. Uma vez presentes esses requisitos, e havendo consenso entre as partes (aprovação da proposta, tácita ou pela maioria dos credores, em assembleia; concordância do devedor, se for o caso, quanto a modificações que venham a ser contrapropostas ao plano que apresentou), cabe ao juiz apenas ‘conceder’ a recuperação judicial (art. 58 – v. item 54 supra)⁸⁷. (grifo nosso)

Quando o devedor apresenta em juízo o plano de recuperação judicial, há apenas um negócio jurídico unilateral, semelhante à oferta, que se bilateraliza caso não haja objeção (aprovação tácita) ou após a aprovação da Assembleia de Credores, de modo que essas vontades distintas manifestam a coincidência de propósitos e concordância recíproca.

Assim, quanto à classificação relativa ao número de posições (lados) existentes no plano de recuperação judicial, dúvida há se se trata de negócio jurídico plurilateral ou bilateral. Apesar de se constituir, normalmente, num acordo entre múltiplas pessoas, a manifestação da Assembleia de Credores é considerada um ato coletivo, porque, a despeito da pluralidade de vontades, ele se exterioriza de maneira una. Nesse sentido, consoante Marcos Bernardes de Mello, “apesar da pluralidade de vontades, o ato coletivo é sempre unilateral no sentido de que compõe uma só vontade”⁸⁸.

⁸⁷ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Capítulo I – Disposições Preliminares. In: SATIRO DE SOUZA JR., Francisco; PITOMBO DE MORAES, Antônio Sérgio (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 85.

⁸⁸ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano de existência**. 22. ed. São Paulo: Saraiva educação. 2019. p. 269.

Entretanto, a nota distintiva entre negócio jurídico bilateral ou plurilateral não é propriamente a quantidade de pessoas (duas ou mais) ou de posições (lados) no negócio jurídico, mas sim a direção dessas vontades. Enquanto o negócio jurídico bilateral se forma pela coincidência de vontades opostas, o negócio jurídico plurilateral é resultado de vontades distintas, mas que “convergem para um fim comum”⁸⁹.

Dessa forma, considerando essa convergência para um fim comum, Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn aduzem que a natureza jurídica do plano de recuperação judicial é contratual plurilateral, conforme se infere da seguinte transcrição:

Poder-se-á dizer que o plano é um negócio de cooperação celebrado entre devedor e credores, homologado pelo juiz. **No que diz respeito ao negócio de cooperação, assemelha-se ao contrato plurilateral**; no que diz respeito à homologação, pode-se considerar forma de garantia do cumprimento das obrigações assumidas, com o que se reduzem custos de transação dada a coercitividade que dela, homologação, resulta.⁹⁰(grifo nosso)

Ora, ainda que se possa dizer que a recuperação da empresa seja um objetivo comum a ambas as partes, é inegável que, sob o ângulo da relação material específica, ostentam vontades opostas, as quais são assim recebidas na relação jurídica firmada na ação de recuperação judicial, razão pela qual tem-se que o plano de recuperação judicial é um negócio jurídico bilateral. Nesse sentido, tal acordo pressupõe as seguintes vontades opostas: enquanto o credor aceita a recuperação judicial, partindo do pressuposto de que o recebimento de seus créditos será em condição mais vantajosa que a eventual falência, o devedor aceita pagar tais créditos em condições menos vantajosas que numa eventual falência, partindo do pressuposto de que esse é o melhor meio de recuperar sua empresa.

Dessa forma, como o devedor ocupa um polo único e tendo em vista que a aprovação da Assembleia de Credores é um ato coletivo e, portanto, um polo também unilateral; fica claro que o plano de recuperação judicial é produto de um ato negocial bilateral (em que dois lados coincidem suas opostas vontades). Nesse mesmo diapasão, ao argumento de que a relação entre os credores não constituiria um contrato plurilateral, tendo em vista que não seria objetivo comungado pelos credores a simples renúncia aos seus créditos em função da recuperação da empresa, mas sim uma renúncia com o objetivo de obtenção de benefício mediante essa recuperação. Nesse diapasão, é o que se infere do trecho abaixo transcrito:

⁸⁹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**: plano de existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva educação. 2019. p. 273

⁹⁰ FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 233.

A relação entre os credores na Recuperação Judicial não constitui um contrato plurilateral (nem antes da aprovação do plano, nem depois). Aliás, diga-se, não há relação contratual entre os credores pelo menos até a aprovação do plano. Diferentemente do caso da sociedade – em que o indivíduo se investe do status de sócio por conta de uma manifestação de vontade pela qual, ainda que implicitamente, admite a sujeição do seu interesse, em certa medida, ao interesse da maioria, **ninguém assume a posição de credor renunciando sabidamente parte de seus direitos subjetivos pelo bem maior que é a preservação do devedor como empresa.** É a lei – e não sua vontade individualmente manifestada – que coloca os credores em situação de comunhão e lhes confere poder de decisão acerca do plano, como contraponto da prerrogativa do devedor de propor um plano nas condições previstas na LRF⁹¹.

Por outro lado, em relação à quantitatividade objetiva do fato jurídico, este também pode ser classificado pela sua unidade ou pluralidade. Quando é único, ele pode ser unitário ou complexo. Ele é unitário quando há apenas um negócio jurídico. Entretanto, ele pode conter mais de um negócio jurídico e ainda assim ser uno, sendo chamado de negócio jurídico complexo. Nesse negócio jurídico, apesar da multiplicidade de negócios, há a preponderância de um negócio jurídico específico, ao qual se submetem todos os outros negócios, e também há o fim comum entre todos os negócios. Essa preponderância de negócio específico é o que distingue o negócio complexo (no qual há unidade) do negócio jurídico plural. Conforme Marcos Bernardes de Mello, “se há preponderância da especificidade própria de um deles, à qual todos os negócios a ela são subordinados, existe unidade. Se cada qual tem a sua especificidade própria, o caso é de pluralidade”⁹². Nos negócios plurais, pode haver a união de negócios num só instrumento. Essa união pode ser externa ou interna. Segundo Marcos Bernardes de Mello, ela é externa quando “a união entre os atos jurídicos existe, apenas, em decorrência de sua formalização” e, por outro lado, é interna quando “existe entre os negócios jurídicos um nexa vinculante, uma relação de dependência, de modo que, embora cada um dos negócios jurídicos continue a ter sua identidade própria, têm seus destinos ligados entre si”⁹³.

⁹¹ SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.) **Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 110

⁹² SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.) **Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 287.

⁹³ SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.) **Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 269-270.

No caso do plano de recuperação judicial, existe uma evidente finalidade comum de todos negócios jurídicos que o compõe e também a preponderância do plano como um todo em relação aos negócios individuais que o integram, ficando estes subordinados àquele. Essa relação de preponderância decorre de uma cláusula resolutiva tácita⁹⁴, existente em todo plano de recuperação, consistente no êxito de sua implementação. É, pois, um negócio jurídico complexo. Nessa linha, concebendo o plano de recuperação como negócio jurídico complexo, veja-se a seguinte transcrição:

Como negócio jurídico complexo, o plano afeta a esfera jurídica de um conjunto amplo de pessoas que pode mesmo ir além das partes integrantes do processo de recuperação judicial. A título ilustrativo, além da empresa em recuperação e dos credores concursais – parte da relação processual –, o plano pode afetar a esfera jurídica de financiadores e investidores, que venham a contratar novos financiamentos, a investir capital na empresa em recuperação (v.g. aquisição de controle, aumento de capital, incorporação), ou que dela venham a adquirir bens ou direitos (v.g., aquisição de unidade produtiva isolada, aquisição de bens ou direitos)⁹⁵.(grifo nosso)

Por fim, resta discutir se esse negócio jurídico tem natureza jurídica processual ou material. Consoante ensina Marcos Bernardes de Mello, a teoria ponteana do fato jurídico tem igual aplicação em qualquer área do Direito, sendo universal o seu conceito⁹⁶, o qual faz parte da Teoria Geral do Direito. Apesar de equivalente na essência, nada impede que seja feita uma distinção entre as espécies descritas na teoria do fato jurídico conforme o ramo do direito (material ou processual) em que ela se insira. Isso significa dizer que, da mesma maneira que se pode classificar um fato jurídico como de direito material, também é possível fazê-lo em relação ao de direito processual, por exemplo. Assim, não há nenhum empecilho científico na distinção de um negócio jurídico à vista da sua natureza material ou processual.

A caracterização de um fato jurídico como processual depende da natureza da norma jurídica incidente e de ser conectado ou formalmente apresentado com/por alguma das partes, membro do Ministério Público, juiz ou serventuário. Se a natureza da norma incidente é processual, o fato jurídico também o será, ainda que tenha efeito no direito material. Por outro

⁹⁴ Nesse diapasão, vide o que afirma Fábio Ulhoa: “Há, por assim dizer, uma cláusula resolutiva tácita em qualquer plano de recuperação judicial, que é o sucesso de sua implementação” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 260).

⁹⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Mootnes doctrine e o Direito Brasileiro. Preservação dos Atos Validamente Implementados no Âmbito da Recuperação Judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências**: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 113-114.

⁹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. In: Pontes de Miranda e o Processo. Fredie Didier Jr e Pedro Henrique Nogueira e Roberto Gouveia Filho (coord.). **Coletâneas ANNEP**, p. 479-505, Salvador, JusPodium, 2021.

lado, segundo Marcos Bernardes de Mello, “se é de direito material a norma incidente, de direito material é o ato jurídico, mesmo que possa ter efeitos na relação jurídica processual”⁹⁷.

Nesse ponto, é importante notar que o simples fato de ser apresentado no âmbito processual, não faz da natureza do fato jurídico necessariamente processual. É o que ocorre, por exemplo, com o divórcio, o qual, mesmo decidido em âmbito processual, ainda assim é um fato jurídico material. Em verdade, a principal nota distintiva é a natureza das normas que regulam o fato jurídico sob análise. Cabe ainda lembrar que essa natureza das normas, ou seja, se é processual ou material, não, necessariamente, está ligada ao diploma legislativo que as veiculam, mas sim ao seu conteúdo. Portanto, pode haver, por exemplo, normas de direito material veiculadas num Código Processual, fenômeno jurídico que é conhecido como heterotopia.

Por sua vez, o negócio jurídico processual pode ser conceituado como “ação de auto-regulação de interesses com vinculatividade jurídica, que é relevante para o ordenamento através da atribuição de efeitos jurídicos quando possível correspondentes ao objetivo das partes”⁹⁸. Nesse diapasão, segundo Pedro Henrique Nogueira,

define-se o negócio processual [...] como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais⁹⁹.

Ora, como já visto, o plano de recuperação judicial da empresa é um negócio jurídico bilateral e, no aspecto quantitativo, é complexo. Isso significa dizer que, ainda que formalizado num mesmo instrumento com o objetivo preponderante de recuperação da empresa, há uma multiplicidade de negócios jurídicos em seu seio. Por outro lado, o plano de recuperação judicial se insere no trâmite de um processo jurídico, o qual, ainda que tenha acordos de direito material sendo discutidos em seu interior, segue, inegavelmente, um procedimento previamente estabelecido em normas de caráter processual, as quais voltam-se para um fim peculiar desta espécie de procedimento, qual seja, a viabilização econômica da empresa em recuperação.

⁹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. In: Pontes de Miranda e o Processo. Fredie Didier Jr e Pedro Henrique Nogueira e Roberto Gouveia Filho (coord.). **Coletâneas ANNEP**, p. 479-505, Salvador, JusPodium, 2021.

⁹⁸ ASCENSÃO *APUD* NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4 ed. Salvador: Juspodium, 2020. 2020.

⁹⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4 ed. Salvador: Juspodium, 2020. p. 175.

Assim, é plenamente possível que existam negócios jurídicos processuais, como, por exemplo, acordos sobre prazos processuais ou como será a fiscalização, no âmbito do processo de recuperação, do cumprimento desse plano. Tal instituto jurídico, por dizer respeito à relação processual, tem inegável natureza processualística. Por outro lado, deve haver nele, por exemplo, a novação de obrigações do devedor. Nesse caso, a novação tem, predominantemente, natureza de direito material, embora prevista num diploma legislativo essencialmente processual. É que ela não visa a regular, propriamente, o desenvolvimento da relação processual ou situações processuais, mas sim, aquelas relações materiais anteriores ao próprio processo. Portanto, o plano de recuperação jurídica pode ter, simultaneamente, atributos de direito processual e material, razão pela qual sua natureza é mista.

Feita essa análise da natureza jurídica do plano de recuperação judicial da empresa sob a ótica ponteana, cumpre observar como a doutrina brasileira em geral se posiciona sobre esse tema, trazendo os principais ângulos de análise e fazendo as respectivas críticas. Assim, passa-se a discutir em qual espécie de negócio jurídico, dentro do contexto da legislação brasileira, ele se enquadra e como a discussão acima travada ajuda a elucidar essa natureza.

1.3.2. A Discussão da Natureza Jurídica do Plano de Recuperação Judicial da Empresa na Legislação e Doutrina Contemporânea Brasileira

Na doutrina brasileira, já se afirmou que o plano de recuperação tem natureza contratual por ser produto de um negócio jurídico. Entretanto, antes de mais nada, é preciso distinguir os conceitos de negócio jurídico e de contrato. Ainda que o exemplo mais emblemático de negócio jurídico seja o contratual, nem todo negócio jurídico é um contrato. É o caso, por exemplo, do testamento, que constitui uma espécie de negócio jurídico unilateral e não se confunde com a figura jurídica do contrato, o qual sempre é produto de um negócio jurídico bilateral (caso do plano de recuperação) ou plurilateral.

Consoante Caio Mário da Silva Pereira, os contratos podem ser definidos como “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”, ou em outras palavras, de maneira mais concisa, “o acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”¹⁰⁰.

¹⁰⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. V. III. p. 7.

Ora, é precisamente o que ocorre com o plano de recuperação judicial, o qual consiste num negócio jurídico firmado por meio do acordo de vontades entre o empresário devedor e a respectiva assembleia de credores para produzir efeitos jurídicos, com base na Lei de Recuperação Judicial, cujo objetivo central é a recuperação empresarial.

Por conseguinte, muitos comparam o plano de recuperação judicial da empresa a uma espécie de contrato de novação, tendo em vista que a legislação recuperacional estabelece que a homologação do plano judicial implica a novação do(s) crédito(s) anterior(es) ao pedido, obrigando o(s) devedor(es) e os respectivos credores à sua observância.

A novação está disciplinada nos artigos 360 a 367 do Código Civil e consiste num acordo de vontades do credor e devedor para extinguir obrigação anterior e a substituí-la por uma nova, na qual a) é criada nova dívida, b) ou há substituição do devedor antigo por outro novo, c) ou substituição do credor antigo por novo, ficando nesses últimos dois casos os substituídos quites com o outro polo da relação jurídica extinta. Por essa caracterização, pode-se dizer que a novação tem natureza contratual e tem por objetivo extinguir uma dívida anterior e criar outra em substituição daquela. Trata-se, portanto, de uma extinção contratual não satisfativa ou uma forma de pagamento indireto. Nesse diapasão, Orlando Gomes ensina que:

A extinção da dívida por novação opera-se em consequência de ato de vontade dos interessados; jamais por força da lei. Diz-se, por isso, que a novação tem natureza contratual. Resulta, efetivamente, do concurso de vontades. Exige-se, por essa razão, que as partes observem os requisitos necessários à validade dos contratos em geral. Seria, em suma, um contrato liberatório¹⁰¹.

Por outro lado, a novação recuperacional está descrita no artigo 59 da Lei 11.101/2005, o qual prevê 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”.

Ora, apesar das semelhanças com o instituto da novação, não é pacífico na doutrina a natureza dessa novação recuperacional, estando ela correlacionada com a discussão da natureza jurídica da própria recuperação judicial e também do respectivo plano de recuperação judicial. Nesse ponto, é preciso esclarecer que a natureza jurídica do plano de recuperação e da própria ação de recuperação são correlacionadas, ou seja, “ela variará de

¹⁰¹ GOMES, Orlando. **Direito Civil**: obrigações. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 166.

acordo com o que se considera a natureza jurídica da própria recuperação judicial e do plano de recuperação dela decorrente”¹⁰².

Assim, para os que consideram a recuperação judicial uma ação de jurisdição voluntária, a natureza do plano de recuperação seria privada e contratual. Já para os que consideram a recuperação judicial uma ação processual de natureza contenciosa, o plano de recuperação seria um instituto de natureza processual de Direito Público, havendo um esvaziamento do elemento negocial, uma vez que os efeitos constitutivos seriam decorrentes do elemento sentenciante. Ou seja, para essa última corrente, a aprovação do plano de recuperação seria um favor legal, e não um favor creditício.

Nesse passo, observa-se que o plano de recuperação judicial opera a novação dos créditos nela discutidos, de modo que se perfilha aqui o entendimento de que a sua natureza é contratual, apesar de haver sensíveis distinções entre a figura da novação no Código Civil de 2002 e essa novação no regime da recuperação judicial. Nessa linha, segundo Sérgio Campinho, a aprovação do plano de recuperação judicial atribui à recuperação judicial uma natureza jurídica de um contrato judicial de feição novacional¹⁰³.

Com efeito, a recuperação judicial é um procedimento complexo, que envolve a composição das vontades das partes envolvidas e a supervisão do Poder Judiciário, o qual, acaso não verifique nenhuma irregularidade, homologa o plano de recuperação acordado pelas partes. Nesse passo, fica claro que o Poder Judiciário exerce uma função meramente fiscalizadora, não decidindo, pelo menos no que tange ao âmbito central da recuperação, aspectos de mérito, visto que este é acordado pelas partes. Dessa forma, conclui-se que o “processo de recuperação judicial, portanto, é de jurisdição voluntária; e o plano dela decorrente tem natureza contratual, por mais que seja necessária sua homologação judicial”¹⁰⁴.

Os requisitos da novação na seara recuperacional, ainda que este tenha algumas particularidades, são semelhantes aos da novação no âmbito civil, do que se conclui que suas naturezas jurídicas, em essência, também são similares. Assim como ocorre na novação de

¹⁰² CAMINHA, Uinie; MARINHO, Sarah Morganna Matos. A novação da recuperação judicial: análise das peculiaridades da aplicação do instituto de Direito Civil ao Direito Falimentar. **Novos Estudos Jurídicos (Online)**, v. 18, p. 135-150, 2013, p. 140. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4489>. Acesso em: 19 jan 2021.

¹⁰³ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 10-11

¹⁰⁴ CAMINHA, Uinie; MARINHO, Sarah Morganna Matos. A novação da recuperação judicial: análise das peculiaridades da aplicação do instituto de Direito Civil ao Direito Falimentar. **Novos Estudos Jurídicos (Online)**, v. 18, p. 135-150, 2013, p. 140. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4489>. Acesso em: 19 jan 2021.

Direito Civil, a novação recuperacional também necessita que tenha havido uma obrigação anterior à proposta do plano de recuperação ofertada pelo devedor¹⁰⁵.

Igualmente, a novação operada pela homologação do plano de recuperação origina obrigação nova, cujo objetivo é extinguir a anterior¹⁰⁶. Por derradeiro, também é necessário a manifestação de vontade com a finalidade de novar, o que ocorre em ambas as espécies de novação em tela.

Contudo, é preciso pontuar algumas distinções do instituto de novação previsto no Código Civil daquele previsto na legislação recuperacional. Nesse sentido, observa-se que, no âmbito recuperacional, uma diferença bastante relevante ocorre no âmbito dos efeitos, tendo em vista que a novação no regime recuperacional pode ser precária, haja vista a possibilidade de retorno ao *status quo* anterior, ou seja, a volta da obrigação anterior da maneira exata em que foi formulada, incluindo as respectivas garantias de terceiros.

Aliás, sobre as garantias de terceiros no caso de novação recuperacional, estas apenas serão excluídas, se houver expressa disposição nesse sentido aprovada no plano de recuperação, razão pela qual, diferentemente do que ocorre com a novação do Código Civil, em caso de não deliberação, tais garantias permanecerão intactas na seara recuperacional.

Outra distinção importante ocorre no acordo de vontades, o qual, no âmbito recuperacional, dá-se pela aceitação da maioria, vinculando inclusive os discordantes, no que difere do instituto tradicional da novação, no qual prevalece a vontade individual.

Na mesma linha, Uinie Caminha e Sarah Morganna Matos Marinho afirmam que a novação dos créditos submetidos ao regime de recuperação judicial visa a conferir uma maior segurança jurídica ao plano de recuperação aprovado e homologado. Com a homologação, os créditos originários restam extintos em face da constituição de créditos novos, viabilizando o soerguimento da empresa sob crise. Em relação à novação do Código Civil, tais autoras também mencionam as duas principais distinções que essa novação recuperacional tem nos efeitos jurídicos, quais sejam, a possibilidade de reconstituição dos créditos na forma originalmente firmada, caso a recuperação judicial seja convolada em falência, e, o mais polêmico dos efeitos, a manutenção da garantia nos mesmos termos em que inicialmente

¹⁰⁵ Nesse diapasão, veja-se o art. 49 da Lei n. 11.101/2005: “Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”.

¹⁰⁶ Nesse diapasão, veja-se o art. 59 da Lei n. 11.101/2005: “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”.

firmados. De toda forma, concluem pela similitude dos elementos essenciais da novação recuperacional com a novação disciplinada no Código Civil de 2002¹⁰⁷.

Seguindo essa mesma visão, Manoel de Queiroz Pereira Calças concluiu que a novação prevista como efeito do deferimento da recuperação judicial, em relação ao devedor, tem natureza jurídica semelhante, entretanto, não idêntica àquela da novação regida pelo Código Civil. É que a novação recuperacional, não obstante prever o efeito extintivo das obrigações anteriores da empresa em recuperação, resta subordinada “à condição resolutiva consistente no cumprimento do plano pelo devedor no prazo de dois anos contado da concessão da recuperação¹⁰⁸.

Contudo, há quem discorde dessa natureza semelhante entre a novação do Código Civil e a novação recuperacional, tendo em vista que esta última seria considerada um instituto de natureza processual contenciosa¹⁰⁹.

Como se observa, há duas visões distintas principais na interpretação da natureza jurídica do plano de recuperação judicial, havendo aqueles que, com visão privatista, enxergam-na como um contrato, firmado no âmbito de jurisdição voluntária, e aqueles que, com visão publicista, conceituam-na como um instituto de direito público e, portanto, uma figura jurídica de direito processual de jurisdição contenciosa¹¹⁰.

Para estes últimos, a tese contratualista ignoraria o fato de que os direitos de crédito são modificados pela maioria dos credores – formada consoante os critérios legais –, suplantando a vontade dos credores minoritários que rejeitam a aprovação do plano. Nesses casos, não haveria como negar a natureza contenciosa da recuperação judicial, tendo em vista a inexistência de unanimidade no acordo de vontades, o que resulta um conflito de interesses qualificado pela pretensão do devedor resistida pelo credor que não aprovou o plano. Para ele, o caráter contencioso da recuperação judicial estaria claro, uma vez que nela o Estado, no

¹⁰⁷ CAMINHA, Uinie; MARINHO, Sarah Morganna Matos. A novação da recuperação judicial: análise das peculiaridades da aplicação do instituto de Direito Civil ao Direito Falimentar. **Novos Estudos Jurídicos (Online)**, v. 18, p. 135-150, 2013, p. 140. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4489>. Acesso em: 19 jan 2021.

¹⁰⁸ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Novação recuperacional. **Revista do Advogado** 105, set/ 2009, p. 115-128. p. 120

¹⁰⁹ Defendendo a natureza processual contenciosa da recuperação judicial, por exemplo, vide Paulo Sérgio Restiffe (Recuperação de empresas, Manole, Barueri, 2008, p. 43-45) e Waldo Fazzio Júnior (FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 128 e 129).

¹¹⁰ LOBO, Jorge Joaquim. Direito da Empresa em crise: a nova lei de recuperação da empresa. **Revista Forense**, v. 379, p. 119-131, maio-jun. 2005. p. 126

exercício de jurisdição, diante da presença dos requisitos legais, substituiria “a vontade dos credores, inclusive da minoria”¹¹¹.

Ademais, não bastaria o acordo de vontades entre devedor e maioria dos credores, a exceção ao princípio da propriedade e ao princípio do ato jurídico perfeito consubstanciada na recuperação judicial depende do atendimento de outros requisitos que não dependem da vontade de nenhuma das partes, quais sejam: a existência de crise econômico-financeira, a viabilidade da empresa e do plano de recuperação. Por conta disso, ainda que houvesse total concordância entre as partes, a recuperação judicial não necessariamente seria deferida, dependendo da constatação, pelo Poder Judiciário, de tais requisitos não negociais.

Primeiramente, já se observa que esse posicionamento esbarra no Enunciado 46 proferido na I Jornada de Direito Comercial no E. Superior Tribunal de Justiça em 2012, o qual afirma, peremptoriamente, 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”. Ora, ainda que se reconheça que esse entendimento não tenha eficácia vinculante e nem seja unânime na doutrina e jurisprudência pátria¹¹², ele já mostra que o argumento da corrente contenciosa não é, de modo algum, pacífico, pois, conforme o enunciado, não caberia ao juiz substituir os credores na análise da viabilidade econômico-financeira da recuperação da empresa¹¹³.

De toda forma, independentemente de tal enunciado, a tese contratualista refuta tal linha argumentativa da corrente contenciosa sob o entendimento de que o fato da maioria

¹¹¹ NEVES, Douglas Ribeiro. **Limites do Controle Jurisdicional na Recuperação Judicial**. 2015. Tese (doutorado). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo. 2015. p. 17.

¹¹² Há quem faça interpretação literal do art. 58 da Lei 11.101/2005, em conformidade com o referido enunciado, como se observa no REsp 1359311/SP, defendendo que ao juiz não é permitido intervir no aspecto da viabilidade econômico-financeira do plano de recuperação judicial. Por outro lado, há quem defenda maiores poderes do juiz na avaliação da viabilidade financeira do plano de recuperação, como ocorre no acórdão do TJSP no AG 0136362-29.2011.8.26.0000. Por fim, há quem defenda uma visão intermediária, como ensina Eduardo Munhoz, a qual diz que o julgador não deve atuar como um mero chancelador das deliberações dos credores, nem muito menos substituir livremente a vontade dos credores. Para este doutrinador, o papel do juiz é de atuar para buscar o equilíbrio entre os interesses de credores e devedores, evitando o excessivo abuso de direito por qualquer das partes. (MUNHOZ, Eduardo Secchi. Mootnes doctrine e o Direito Brasileiro. Preservação dos Atos Validamente Implementados no Âmbito da Recuperação Judicial. *In*: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências**: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 192).

¹¹³ Em geral, consoante o Enunciado de número 44, da citada Jornada de Direito Comercial, cumpre ao juiz o exame de legalidade do plano de recuperação. Nesse sentido, vide o teor de tal enunciado: “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”.

decidir sobre o acordo no plano de recuperação judicial “não lhe retira a natureza contratual, assim como não a retira dos atos societários das sociedades contratuais”¹¹⁴.

Por seu turno, a tese contenciosa sustenta que esse argumento seria falacioso, uma vez que no caso das sociedades contratuais haveria uma manifestação de vontade prévia, em que as partes concordariam em se submeter à vontade da maioria¹¹⁵. Esse posicionamento, entretanto, carece de solidez. Ao aceitar fazer contrato com uma sociedade empresarial, presume-se que os respectivos credores sabem que, na eventualidade de crise financeira do empresário, podem ter que se submeter ao regime de recuperação judicial, no qual a maioria dos credores, na forma da lei, tem o poder de alterar, sem a concordância do minoritário, direitos relativos aos seus créditos. Então, nesse caso, pode-se dizer que há uma aceitação prévia implícita, porque se o regime legal é este, qualquer pessoa que firme contratos aceita, de antemão, que poderá, na eventual insolvência, ter que se submeter a ele. Inclusive, conforme o artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ninguém pode alegar desconhecimento da lei para não a cumprir.

Mas não é somente essa presunção que fundamenta a natureza contratual do plano de recuperação. Essa natureza fica mais clara quando se remete à classificação, acima já feita, do plano de recuperação jurídica como um negócio jurídico bilateral complexo e da manifestação de vontade por meio de ato coletivo. É importante salientar que na formação do negócio jurídico, a manifestação de vontade pode se dar por meio de ato individual ou ato coletivo. O próprio conceito de negócio jurídico remete ao fato de que neste não há total liberdade da vontade, mas sim um espaço de liberdade devidamente delimitado pela lei. Se é a própria lei que impõe a forma como esse ato coletivo é formado, não há porque afirmar, apenas porque há uma restrição à autonomia da vontade, que esta, necessariamente, inexistente em tal ato. O fato do ato coletivo da Assembleia dos Credores ser definido pela maioria, não significa que não exista manifestação de autonomia da vontade, apenas porque a vontade da minoria é rejeitada. Sobre este aspecto, colhe-se a seguinte transcrição:

Conforme disposições dos regimes de reorganização em geral, pelo princípio da maioria, interesses tipicamente individuais são ‘organizados’ para que, da soma de manifestações se possa derivar um único resultado de natureza jurídica comum: a deliberação pela aprovação ou rejeição do plano. Esta, por sua vez, não representa a

¹¹⁴ CAMINHA, Uinie; MARINHO, Sarah Morganna Matos. A novação da recuperação judicial: análise das peculiaridades da aplicação do instituto de Direito Civil ao Direito Falimentar. **Novos Estudos Jurídicos (Online)**, v. 18, p. 135-150, 2013, p. 140. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4489>. Acesso em: 19 jan 2021.

¹¹⁵ NEVES, Douglas Ribeiro. **Limites do Controle Jurisdicional na Recuperação Judicial**. 2015. Tese (doutorado). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo. 2015. p. 18-19.

‘vontade dos credores’, mas a consequência jurídica da manifestação de vontade dos credores através do voto. Como bem expressou von Gierke, o princípio da maioria só se legitima dentro do órgão, e desde que satisfeitos os pressupostos de deliberação através do método assemblear, tais como prévia convocação com local, hora e matéria a ser deliberada bem definidos; disponibilização tempestiva das informações necessárias a que cada participante possa livre e conscientemente manifestar-se durante o conclave; tomada formal e regular de votos de todos os presentes; proclamação oficial da deliberação etc.¹¹⁶

Em outras palavras, isso significa dizer que, em relação aos credores, como o plano de recuperação judicial é produto de um ato coletivo, consubstanciado na manifestação da respectiva Assembleia, a determinação sobre a natureza de negócio jurídico não tem em vista a manifestação individual de cada credor, uma vez que, por lei, o ato tem natureza coletiva e é produto da votação da maioria. Tal condição, entretanto, não desnatura a correta definição do plano de recuperação como um negócio jurídico, uma vez que essa espécie de manifestação de vontade coletiva é fruto do regime legal da recuperação judicial. Nesse diapasão, veja-se o seguinte excerto:

A situação se transforma com a instauração de um dos regimes de crise: com eles, impõe-se o concurso de credores e o princípio da igualdade (par conditio creditorum). **Os credores passam a exercer seus direitos coletivamente e decisões majoritárias podem ser impostas à minoria. Essa situação deriva da lei, não de um ato voluntário de sujeição dos credores.** Trata-se de uma conjuntura imposta pela insuficiência patrimonial presumida do devedor. Explica-se: nos procedimentos concursais, a mencionada insuficiência patrimonial do devedor gera uma espécie de ‘coligação de interesses’ ou ‘comunhão de interesses’. Trata-se de circunstância excepcional, na qual todos os credores possuem interesse no recebimento de seus créditos, mas se encontram inseridos em uma situação de dupla sujeição, que se caracteriza pelo fato de que: (i) a satisfação de seus créditos está submetida aos ditames da LREF e (ii) subordinada ao princípio majoritário¹¹⁷.

Em todo caso, há quem insista em afirmar que a recuperação não pode ser tratada como um ato negocial, sob o argumento de que ela seria um “processo contencioso por meio do qual o devedor empresário obtém tutela constitutiva do Poder Judiciário para alterar parte de suas obrigações”. Contudo, tal afirmação não tem acolhimento da doutrina predominante brasileira, uma vez que, consoante Alberto Camiña Moreira, não há como negar a natureza contratual da recuperação judicial, tendo em vista que o plano de recuperação pode ser considerado apenas uma proposta do devedor aos credores, os quais podem entrar em consenso ou não; dessa forma não há, por assim dizer, uma pretensão sendo exercida, mas sim

¹¹⁶ SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.) **Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 110.

¹¹⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 183

uma negociação proposta pela via judicial. Nessa linha, veja-se o seguinte posicionamento do citado autor:

Na recuperação judicial não há pretensão exercida contra os credores, entendida a pretensão como a afirmação de um direito contra o réu, para que seja este submetido a ele. O direito do devedor, na recuperação judicial, é de apresentar uma proposta, apresentar um plano. O destino do plano, contudo, está nas mãos dos credores, que poderão aceitá-lo, modificá-lo ou rejeitá-lo. [...] Negociação é a palavra chave; e essa negociação, conquanto se dê perante o Poder Judiciário, dá-se sem a intervenção do juiz. A lei não prevê a atuação jurisdicional para esse fim; muito embora o juiz brasileiro disponha de poderes gerais de conciliação, e ela seja mesmo muito enfatizada pela doutrina¹¹⁸.

Assim, não se tem como negar que há um acordo de vontades na formação do plano de recuperação, no qual há autonomia da vontade para definir os efeitos jurídicos dele decorrentes. O fato dessa autonomia ser expressa de maneira coletiva, suplantando eventuais discordâncias minoritárias, não muda tal natureza. Nessa linha de raciocínio, observe-se o seguinte ensinamento de Fredie Didier Jr., Paula Braga e Felipe Batista, *in verbis*:

tem-se que o plano de recuperação judicial é um negócio jurídico coletivo, nos termos de Pontes de Miranda, eis que influi sobre as esferas jurídicas individuais sem que haja unanimidade na formação da vontade. O fato de haver vontade coletiva e afetação de esfera de sujeitos que não concorreram diretamente com a vontade representa exceção legal ao princípio da incolumidade das esferas jurídicas. De acordo com tal princípio, a eficácia do negócio jurídico é 'limitada à esfera jurídica de quem o praticou'. Essa exceção, contudo, é legitimada pelo procedimento assemblear fiscalizado judicialmente, bem como pelo benefício advindo da recuperação da empresa e reestabelecimento da atividade empresarial (objetivo final)¹¹⁹.

Fica claro, portanto, que, não obstante os efeitos jurídicos previstos no plano interferirem em diversas órbitas jurídicas de diferentes sujeitos de direito (devedor, credores e outros envolvidos), a declaração que produz tais efeitos é externada de maneira coletiva (e não por meio individual) com ampla autonomia no regramento dos seus efeitos, ou seja, o suporte fático abstrato estabelece que a aprovação do plano será tomada por meio de deliberação de Assembleia Geral de Credores, sendo considerada única a vontade externada por esse órgão na formação desse negócio jurídico.

¹¹⁸ MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 249-250.

¹¹⁹ DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; BATISTA, F. V. A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para a estruturação do procedimento. **Revista de Processo**, v. 310, p. 237-262, 2020. p. 245-246.

Em outro vértice, ainda contra a tese contratualista, há quem alegue¹²⁰ o antigo posicionamento externado por Pontes de Miranda sobre a concordata, o qual segue abaixo transcrito:

A eficácia vinculativa que tem a sentença de decretação da concordata, preventiva ou suspensiva, é resultante da natureza da sentença, que é constitutiva. Não se pense em eficácia negocial, unilateral ou contratual, porque de modo nenhum há *negotium*. O devedor comum, a favor de quem o sistema jurídico criara direito, pretensão e ação de concordata, exerce a pretensão à tutela jurídica, invocando esse direito à concordata, exigindo-a em juízo. O Estado entrega-lhe a prestação jurisdicional, que consiste, em caso de procedência de ação, em estabelecer-se o estado de concordata. A vinculação dos credores do mesmo devedor resulta de haver, na esfera jurídica de cada um, limitação legal do direito de crédito, o que permite ao Estado constituir a concordata¹²¹.

Porém, é preciso salientar que há diferenças colossais entre o antigo instituto da concordata e o atual instituto da recuperação judicial, não podendo ser transplantado tal posicionamento para examinar o atual regime da recuperação. Na concordata, há um exame e decisão do juiz sobre o atendimento da proposta feita pelo devedor em relação às exigências previstas na legislação falimentar de então, subtraindo dos credores a autonomia negocial. Diferentemente do que ocorre com a recuperação judicial, na qual houve um deslocamento do poder de decisão do juiz para os credores – que ocupam um papel central –, podendo a sua maioria, por exemplo, negar adesão ao plano, causando o indeferimento da recuperação. Por conta dessas características inovadoras, a própria teoria de Pontes de Miranda pode ser utilizada para defender o caráter contratual do plano de recuperação judicial, conforme se vê a seguir:

Na prática, portanto, o processo de recuperação judicial tem por fim último a homologação de um negócio jurídico de natureza coletiva, na linha do pensamento de Pontes de Miranda, o que torna o referido ato jurídico estável e vinculativo para todos os titulares de crédito submetidos legalmente aos efeitos gerais da recuperação judicial. Nesse contexto, é possível concluir que o tronco principal do processo de recuperação judicial envolve exercício de jurisdição voluntária, que, repita-se, é voltado a viabilizar a negociação coletiva de interesses individuais, bem como tornar vinculante o produto daí advindo: o plano de recuperação judicial (negócio jurídico)¹²².

Por oportuno, ressalte-se que nem todos os incidentes na recuperação judicial têm natureza voluntária, podendo haver questões litigiosas a serem nela decididas, de modo que

¹²⁰ NEVES, Douglas Ribeiro. **Limites do Controle Jurisdicional na Recuperação Judicial**. 2015. Tese (doutorado). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo. 2015. p. 19.

¹²¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Tratado das Ações**. São Paulo: RT, 1972. v. III. p. 439-440.

¹²² DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; BATISTA, F. V. A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para a estruturação do procedimento. **Revista de Processo**, v. 310, p. 237-262, 2020. p. 247.

apenas se fala, como referido na transcrição logo acima, do “tronco principal” da recuperação judicial¹²³.

Assim, na presente dissertação, adota-se a visão majoritária, de que a recuperação judicial detém a natureza de um negócio jurídico contratual, tendo em vista a sua natureza de jurisdição voluntária e a negocial de seu principal instrumento, qual seja, o plano de recuperação judicial. Corroborando com tal posicionamento, veja-se o que diz Sérgio Campinho:

[...] o instituto da recuperação judicial deve ser visto com a natureza 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 implementação¹²⁴.

Na mesma linha, é possível observar que o Poder Judiciário tem reconhecido também essa natureza negocial contratual do plano de recuperação judicial, conforme se infere do seguinte trecho do precedente judicial:

Verifica-se, assim, que **o sistema legal confere ao plano de recuperação aprovado pela assembleia-geral de credores a natureza de contrato** que se constitui pela livre negociação entre credores e empresa devedora, que é complementado pela decisão judicial concessiva da recuperação. A seguir, não havendo recursos ou sendo os eventualmente interpostos improvidos, de se reconhecer que o contrato firmado configura ato jurídico perfeito, sacramentado por decisão adjetivada de “coisa julgada”¹²⁵.

Veja-se também o seguinte precedente que reconhece a natureza de jurisdição voluntária da ação de recuperação judicial, o que reforça a natureza contratual do plano de recuperação, *in verbis*:

A recuperação judicial tem natureza jurídica de jurisdição voluntária, modalidade de jurisdição em que se permite ao juízo o abandono das medidas estritas do direito objetivo, autorizando a redefinição de procedimentos e formas para garantir a consecução dos fins últimos do processo (...)
(BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 10024160579058018/MG. Rel. Des. Kildare Carvalho. Julgamento: 03 abr 0018. Publicação: 09 abr 2018).

Nesse contexto, visto que o plano de recuperação judicial da empresa tem natureza jurídica similar aos negócios jurídicos de natureza contratual, questiona-se a possibilidade de

¹²³ Nessa linha, veja-se o seguinte artigo: DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; BATISTA, F. V. A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para a estruturação do procedimento. **Revista de Processo**, v. 310, p. 237-262. 2020.

¹²⁴ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 12 e 13.

¹²⁵ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **AgIn 0114685-06.2012.8.26.0000**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel.: Des. Pereira Calças, j. 30.10.2012. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 01 fev 2021.

aplicação da teoria do adimplemento substancial no âmbito recuperacional, tendo em vista que sua aplicação originária é direcionada, inicialmente, apenas ao âmbito de Direito Civil Contratual. Antes de responder a essa indagação, a qual constitui o objeto principal dessa dissertação, cumpre esclarecer as principais nuances da teoria do adimplemento substancial, o que será feito no capítulo a seguir.

2 A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: ORIGEM E APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA, CONCEITO E CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA DOUTRINA BRASILEIRA

Em meados do século XVIII, surgiu a teoria do adimplemento substancial, cujo nascimento é derivado de antigos precedentes da jurisprudência inglesa – lá conhecida como *substantial performance doctrine* – a qual, consoante ensina Anelise Becker, foi “(...) construída na Inglaterra, no século, XVIII, quando as Cortes de Equity perceberam as injustiças que um formalismo estrito ou um apego exagerado ao dogma da absolutização dos direitos poderiam provocar”¹²⁶.

Também destacando a origem anglo-saxã da teoria do adimplemento substancial, Luiz Otávio Rodrigues Júnior assevera que nesses julgados surgiram os seus elementos de configuração, os quais consistiriam na proximidade entre a efetiva contraprestação do devedor e aquela idealmente almejada no contrato, no atendimento ao interesse do credor e na conduta subjetiva do devedor, conforme se lê a seguir:

O adimplemento substancial nasceu no Direito Privado inglês no século XVIII e, desde então, conheceu uma série de precedentes (Kingston v. Preston [1774]; Boone v. Eyre [1777]; Cutter v. Powell [1795]; Hoenig v. Isaacs [1952] e Bolton v. Mahadeva [1972]). Nesses julgados, com maior ou menor sistematicidade, estão presentes elementos como: a) a existência de uma relação de contraprestação e de aproximação entre o resultado atingido e aquele esperado; b) a satisfação do interesse do credor; c) a conduta subjetiva do devedor¹²⁷.

Como primeiro precedente precursor da teoria do adimplemento substancial, é apontado o caso Boone v. Eyre, de 1777-1779, no qual se compreendeu que a exigência do exato cumprimento contratual não poderia ser tomada de maneira absoluta. Tal precedente tinha como objeto um contrato para a venda de uma fazenda junto com os escravos do demandante (Boone), ao passo que ao réu (Eyre) incumbiria o pagamento do valor de 500 libras pelo citado imóvel e respectivos escravos, além do pagamento perpétuo de 160 libras anuais. Todavia, tendo em vista que o autor não detinha o direito de disposição dos escravos,

¹²⁶ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993. p. 60.

¹²⁷ CONJUR. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Teoria do adimplemento substancial não deve ser usada em decisões penais. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-10/direito-comparado-teoria-adimplemento-substancial-nao-usada-decisoes-penais2#author>. Acesso em: 03 set 2020.

o réu se absteve de fazer o adimplemento da sua contraprestação anual¹²⁸, acarretando o conflito em tela. Por seu turno, ao examinar o caso, Lord Masfield decidiu que:

[...] o comprador não poderia deixar de pagar a prestação avençada, pois a obrigação de dar a coisa (os escravos) não seria uma condição precedente (*condition precedent*) em face da obrigação de pagar as prestações anuais perpétuas. No caso das obrigações dependentes, o cumprimento de uma obrigação é *condition precedent* para o nascimento da outra obrigação. Em suma, a entrega dos escravos qualificava obrigação secundária, não podendo ensejar a resolução do contrato, cabendo-lhe apenas reivindicar a reparação por perdas e danos¹²⁹.

Vivien Lys Porto assevera que, conforme esse julgado, se o inadimplemento for de apenas uma parcela da prestação principal (independente), ele pode implicar perdas e danos, mas não inexoravelmente a resolução contratual, senão vejamos:

[...] o referido julgador demonstra que quando há duas obrigações recíprocas direcionadas à totalidade da consideration de ambas as partes, elas são obrigações principais correspectivas, sendo que uma não subsiste sem a outra. Mas se elas constituem-se apenas uma parte da prestação principal (obrigações independentes), o inadimplemento pode ensejar o pagamento de perdas e danos, em razão do direito que a parte adimplente possui com base no contrato celebrado, e não deve demandar pela resolução como se fosse o descumprimento de uma obrigação principal¹³⁰.

A decisão sobre o caso considerou o inadimplemento de Boone como sendo relativo a uma obrigação independente (*warranty*), acolhendo o seu pleito de cobrança, mas o submetendo a arcar com indenização a Eyre. Dessa forma, o delineamento original da teoria do adimplemento substancial aconteceu de forma que apenas o inadimplemento das “*conditions*”, ou em outras palavras, da parcela da prestação relativa aos direitos e deveres primários, viabilizaria a resolução¹³¹.

Hodiernamente, essa teoria passou por aperfeiçoamento no direito inglês, uma vez que essa distinção entre “*warranty*” (obrigação independente) e “*conditions*” (obrigação primária interdependente) consiste apenas num dos critérios usados para aferição do adimplemento substancial. Nessa linha, ganhou força um critério estritamente objetivo denominado de “*fundamental breach*”, ou seja, não mais é imprescindível constatar se a cláusula contratual descumprida era classificada pelas partes como uma obrigação independente (*warranty*) ou

¹²⁸ H2O. BOONE v. EYRE. Harvard Law School Library. 126 Eng Rep 160(a). K.B. 1777, jun. 2013. Disponível em: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/2417>. Acesso em: 04 set 2020.

¹²⁹ FERREIRA, Antonio Carlos. A Interpretação da Doutrina do Adimplemento Substancial. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 18, ano 6, p. 35-60, São Paulo, RT, jan.-mar., 2019. p. 38.

¹³⁰ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos Contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 26.

¹³¹ CHUEIRI, Rodrigo Cunha. **Adimplemento Substancial: análise crítica de parâmetros para aplicação no direito brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2015, p. 50. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/15668>. Acesso em: 06 set 2020.

dependente (*condition*), mas sim, se o descumprimento foi fundamental ou não, o que conferiria um maior poder de avaliação do julgador no caso concreto. Assim, se o descumprimento for fundamental, estaríamos diante de um caso de resolução contratual, contudo, em sentido oposto, poderíamos falar em aplicação da teoria do adimplemento substancial¹³².

No presente, conforme constatado na experiência de vários tribunais de sistema jurídico de *commom law* (mais precisamente americanos e ingleses), a aferição desse descumprimento fundamental (*fundamental breach*) ou, *a contrario sensu*, da ocorrência do adimplemento substancial depende da análise da presença de três circunstâncias: a) insignificância do inadimplemento, b) satisfação dos interesses do credor e, por fim, c) a diligência do devedor em cumprir integralmente com as obrigações contratuais¹³³.

No âmbito de normas internacionais, nota-se que, seguindo a mesma linha do posicionamento atual do sistema inglês, foi previsto, no artigo 51 da Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda de Mercadorias de Viena, o conceito de violação fundamental (*fundamental breach*), a seguir transcrito:

Artigo 51

[...]

(2) O comprador apenas pode declarar a resolução do contrato na sua totalidade se a inexecução parcial ou a falta de conformidade constituir uma violação fundamental do contrato¹³⁴.

Portanto, no âmbito da matéria regulada pela Convenção de Viena, para ocorrer a resolução contratual, há a necessidade de constatação de um descumprimento fundamental (*fundamental breach*), o que, *a contrario sensu*, conduz ao entendimento de que, não havendo esse descumprimento fundamental, aplicar-se-ia a teoria do adimplemento substancial, preservando-se a relação contratual. Nesse mesmo sentido, verifica-se o posicionamento de Vivien Lys Porto, para quem “existência ou não de inadimplemento fundamental é o

¹³² BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993. p. 62.

¹³³ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993. p. 63.

¹³⁴ BRASIL. Decreto n. 8.327, de 16 de outubro de 2014. **Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm. Acesso em: 12 ago 2022.

termômetro para determinar a manutenção ou a resolução do contrato dentro das relações subordinadas ao direito internacional”¹³⁵.

Essa teoria não se limitou ao sistema *commom law*, tendo também se espalhado por diversos sistemas jurídicos de raiz *civil law*, podendo-se destacar, a título de exemplo, os Códigos Civis italiano e português, que dispuseram expressamente sobre o instituto jurídico em comento, senão vejamos: Código Civil Italiano. Art. 1455. Importância do inadimplemento: o contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes é de pouca importância, tendo em conta o interesse do outro (1522 e seguintes, 1564 e seguintes, 1668, 1901). Código Civil Português. Art. 802. Impossibilidade parcial: (...) 2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, a teoria do adimplemento substancial não se introduziu de maneira expressa na sua legislação, sendo a sua inserção no ordenamento pátrio oriunda de uma construção doutrinária e jurisprudencial.

Assim, no âmbito nacional, a teoria do adimplemento substancial tem embasamento numa interpretação principiológica do sistema civil e constitucional, a fim de evitar a desproporcionalidade que ocorreria se todo e qualquer inadimplemento, mesmo aqueles considerados ínfimos, acarretasse a resolução contratual e seus drásticos efeitos.

No sistema jurídico brasileiro, como destacado pelo atual ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antonio Carlos Ferreira¹³⁶, é apontado como um de seus pioneiros o professor Clóvis Veríssimo de Couto e Silva, o qual foi professor de Ruy Rosado de Águiar Júnior – então desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e, em momento posterior, ministro do Superior Tribunal de Justiça –, tendo este sido relator dos primeiros acórdãos no Brasil em relação ao adimplemento substancial. Assim, observando os

¹³⁵ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos Contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68.

¹³⁶ A doutrina do adimplemento substancial teve um crescente interesse no Brasil nas últimas três décadas. A recepção da teoria é, em grande medida, atribuída às lições do então professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva. Em suas aulas na pós-graduação, Clóvis do Couto e Silva apresentou a seus discentes vários institutos do direito comparado, como a violação positiva do contrato, a perturbação das prestações, a quebra da base do negócio e o adimplemento substancial. Um de seus mais brilhantes alunos era Ruy Rosado de Aguiar Júnior. É por essa razão que os primeiros acórdãos a tratar sistematicamente desses temas no País foram de relatoria do Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Anos depois, quando nomeado para o Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Ruy Rosado trouxe para o cenário jurisprudencial nacional esses institutos e figuras jurídicas. (FFERREIRA, Antonio Carlos. A Interpretação da Doutrina do Adimplemento Substancial. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 18, ano 6, p. 35-60, São Paulo, RT, jan.-mar., 2019. p. 43)

ensinamentos de Clóvis Veríssimo de Couto e Silva, o adimplemento substancial pode ser conceituado como:

[...] um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização e/ou de adimplemento de vez que aquela primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa fé¹³⁷.

As tentativas para uma definição exata do adimplemento substancial não têm sido eficazes para suprir as imprecisões e divergências na sua aplicação concreta, o que geram dúvidas em relação aos critérios que viabilizariam aferir o exato grau do inadimplemento, ou seja, quão “tão próximo ao resultado final” o adimplemento deve estar para acarretar a incidência daquela teoria. Dessa forma, para além da conceituação do adimplemento substancial, remanesce o problema de estabelecer quais critérios devem ser utilizados para se aferir os casos em que, efetivamente, a respectiva teoria pode ser usada.

Todavia, antes de discutir sobre tais critérios, é indispensável discorrer sobre a contemporânea concepção do adimplemento. Dessa forma, pela ligação entre os conceitos de adimplemento e inadimplemento, impõe-se delinear o seu conceito tradicional para fins de desenvolvimento crítico dos critérios da teoria do adimplemento substancial.

O adimplemento trata-se de conceito conectado à execução voluntária da obrigação, a qual, segundo Clóvis Beviláqua, “consiste no cumprimento, espontâneo ou solicitado, da prestação que incumbe ao devedor”¹³⁸. Tal conceituação se identifica com aquilo que Pontes de Miranda chama de adimplemento em sentido estrito, tendo em vista que vinculada à prestação do devedor, já o adimplemento em sentido amplo seria qualquer liberação creditícia. Nesse sentido, veja-se o excerto abaixo transcrito:

Assim, há sentido largo de adimplemento (qualquer liberação ou qualquer satisfação) e sentido estreito (prestação pelo devedor, diretamente, do devido). Ao adimplemento no sentido estreito juntam-se os sub-rogados de adimplemento, os outros meios de extinção satisfativa da dívida, se proveio de ato de alguém (devedor ou outrem)¹³⁹.

Por seu turno, Paulo Lôbo salienta que o adimplemento seria o cumprimento pelo devedor da prestação a que estava obrigado, seja de dar, fazer ou não fazer, o que faria cessar a relação jurídica obrigacional que liga o devedor ao credor. O adimplemento realizaria o fim

¹³⁷ SILVA, Clóvis Veríssimo Couto e. O Princípio da Boa Fé no Direito Brasileiro e Português. *In: Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: RT, 1980. p. 56.

¹³⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Salvador: Livraria Magalhães, 1896. p. 111.

¹³⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013. t. 24. p. 142.

da obrigação, atendendo ao interesse jurídico do credor e liberando o devedor, por meio da extinção da sua dívida¹⁴⁰.

A conceituação de adimplemento envolve uma concepção complexa da obrigação, uma vez que ele (o adimplemento) é produto de uma prestação satisfativa e não mero cumprimento da prestação principal, podendo tal prestação satisfativa ser conceituada como “a prestação capaz de satisfazer os interesses do credor, identificada no comportamento do devedor dirigido à execução do dever principal de prestação, bem como dos vários deveres de conduta que lhe são impostos”¹⁴¹.

Assim, numa visão tradicional condicionada por uma perspectiva estrutural¹⁴², a constatação do adimplemento ou inadimplemento leva em conta tão somente uma análise binária do cumprimento ou descumprimento dos deveres de prestação estabelecidos no contrato.

No panorama atual, fala-se de uma relação obrigacional complexa, na qual ela é concebida como um processo, abarcando não apenas os deveres de prestações avançados pelos acordantes, mas também “os deveres gerais de conduta, bem como os interesses de credor e devedor, enquanto reflexo de suas necessidades juridicamente legítimas”¹⁴³. Esta concepção melhor se adequa a um panorama funcional das relações jurídicas obrigacionais, as quais passam a ser percebidas não como um fim em si mesmas, mas sim como meio de cooperação social para atingir o resultado útil perseguido pela parte credora. Assim, também deixam de ser vistas como necessariamente uma relação de poder para cobrar tal resultado coercitivamente. Nesse diapasão, observe-se a seguinte transcrição:

A perspectiva funcional afasta o apego excessivo às formas conceituais e permite a adequada visualização dos interesses a serem tutelados e dos valores sociais a serem concretizados. Em virtude disso, efetiva-se a função promocional das relações obrigacionais, como mecanismos de cooperação social, substituindo portanto a idéia do direito de crédito como um poder sobre a pessoa ou os bens do devedor pela sua leitura como o direito a exigir coercitivamente um comportamento (a prestação-comportamento). Ademais, a prestação deixa de ser concebida como algo desejado

¹⁴⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 170.

¹⁴¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento Anterior ao Termo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 64.

¹⁴² Essa perspectiva pode ser sucintamente visualizada a partir do seguinte excerto: “A doutrina tradicional, dentro de uma perspectiva voluntarista, definia a tutela da obrigação a partir de uma análise estritamente estrutural, ou seja, mediante a identificação dos sujeitos (quem) e daquilo que se prometeu (o quê)” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. **Civilística Revista Eletrônica de Direito Civil**, a.1, n.2, jul.-dez./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>. Acesso em: 10 set 2020).

¹⁴³ Ela tem origem na doutrina (EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque. **Responsabilidade Civil pelo Inadimplemento da Boa-fé**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017).

em si mesmo, passando, portanto, a ser tutelada como meio para se alcançar o resultado útil que satisfaz o interesse do credor¹⁴⁴.

Tal perspectiva complexa e funcional das relações obrigacionais se compatibiliza com a teoria do adimplemento substancial, uma vez que viabiliza o reconhecimento de diferentes graus de inadimplemento, proporcionado a aferição da insignificância deste quando a prestação é quase total e satisfaz o interesse legítimo almejado pelo credor no contrato, de maneira a obstaculizar efeitos mais graves por conta do inadimplemento.

Essa definição de graus diferentes de inadimplemento se relaciona também com o denominado direito da perturbação das prestações, que almeja conferir uma resposta mais adequada ao inadimplemento, considerando a espécie e intensidade do descumprimento obrigacional. Tal direito da perturbação das prestações é oriundo da doutrina alemã, conforme aduz o professor Menezes Cordeiro¹⁴⁵, consoante o seguinte excerto:

O referido diploma legislativo introduziu no direito germânico o *Recht der Leistungsstörungen*, expressão que foi traduzida para o português por MENEZES CORDEIRO como “Direito da perturbação das prestações”, que abrange as hipóteses de incumprimento definitivo, mora e de cumprimento defeituoso, como também casos de culpa in contrahendo, de alteração das circunstâncias (base objetiva do negócio – § 313), impossibilidade, violação positiva (§ 275) do contrato e contrato com proteção de terceiros (§ 311/3), visando a uma codificação de doutrinas e soluções jurisprudenciais já conhecidas de modo a tornar as conexões entre elas mais claras e seguras¹⁴⁶.

Essa perspectiva de analisar o grau de inadimplemento é o que embasa a aplicação da teoria do inadimplemento substancial, pois a sua finalidade é evitar danos desproporcionais na execução contratual. Essa orientação é consequência do dever geral de boa-fé objetiva, ao qual ambas as partes estão submetidas independentemente das previsões contratuais. Ele pode ser definido como um dever de cooperação entre as partes, um dever de agir com lealdade, no qual se procura não provocar lesão ou desvantagem excessiva, observando assim as “expectativas razoáveis do outro lado; em suma, sem abuso ou obstrução, enxergando a relação jurídica obrigacional não dentro de uma perspectiva de conflito, mas como um espaço rico de múltiplas opções, no qual se perseguem ganhos mútuos”¹⁴⁷.

¹⁴⁴ KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilística Revista Eletrônica de Direito Civil*, a.1, n.2, jul.-dez./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>. Acesso em: 10 set 2020.

¹⁴⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da Modernização do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 100-2.

¹⁴⁶ EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque. *Responsabilidade Civil pelo Inadimplemento da Boa-fé*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

¹⁴⁷ EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque. *Responsabilidade Civil pelo Inadimplemento da Boa-fé*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Assim, com arrimo no adimplemento substancial fundamentado num dever geral de boa-fé objetiva, é viável ao devedor, ante a constatação do caráter irrisório do seu inadimplemento, opor a pretensão de conservação da relação contratual, afastando a pretensão de resolução contratual deduzida pelo credor com espeque no art. 475 do Código Civil.

A resolução contratual consiste, portanto, num efeito do inadimplemento absoluto, enquanto a teoria do adimplemento substancial tem o efeito oposto, qual seja, a conservação da relação contratual.

A aplicação da teoria do adimplemento substancial não serve apenas para opor-se à pretensão resolutória do credor com base no art. 475 do Código Civil, podendo servir também, à luz de uma interpretação extensiva fundamentada numa perspectiva constitucional do Direito Civil e do “direito de perturbação de prestações”, para impedir a extinção contratual por outras vias, como a proporcionada pelo art. 2º do Decreto-Lei 911/69, ou até mesmo para impedir o a convocação da recuperação em falência, ante o descumprimento do plano de recuperação, dada a sua natureza contratual, conforme será detalhado adiante.

Nesse passo, cumpre discorrer, ainda que brevemente, quais critérios permitem identificar a insignificância do inadimplemento para fins de aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Num panorama subjetivista, a aferição da insignificância do inadimplemento se constataria pela valoração da vontade idealizada da parte adimplente no momento de realização do contrato, de maneira que apenas se configuraria a resolução contratual “quando fosse possível concluir que a parte não realizaria a contratação se soubesse que tal inadimplemento poderia ocorrer”¹⁴⁸.

Contudo, esse viés subjetivista se submete a muitas considerações críticas em face dos problemas para se examinar aquilo que foi idealizado pela parte, o que poderia conduzir, à guisa de exemplo, ao questionamento de qual tipo de vontade hipotética seria levada em conta para incidência ou não da teoria do adimplemento substancial: a vontade concreta da parte ou a abstrata do cidadão comum¹⁴⁹.

Assim, essa corrente subjetivista não merece ser seguida, uma vez que fica claro o seu desalinhamento com um viés objetivo do instituto, cujo primeiro critério de exame – para fins

¹⁴⁸ BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 109.

¹⁴⁹ BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 109.

de implementação da teoria do adimplemento substancial – deve ser o aspecto quantitativo do adimplemento. Nessa toada, calha transcrever o seguinte excerto:

[...] o critério de balizamento a ser adotado [...] guarda propensão ao diálogo com a corrente objetivista. Nesses termos, conforme Bussatta, o primeiro juízo analítico que o magistrado há de fazer na hora de aplicar o *substantial performance* é a projeção quantitativa entre o que foi estabelecido no contrato (deve ser) e o que efetivamente fora cumprido (ser)¹⁵⁰.

Por outro lado, é essencial que a avaliação da significância do inadimplemento passe também por uma análise qualitativa, a qual se mostra mais adequada para o objetivo proposto. Nessa linha de raciocínio, veja-se o trecho abaixo:

Além disso, o exame há de ser, sobretudo, qualitativo, a fim de verificar ‘se o cumprimento não-integral ou imperfeito alcançou ou não a função que seria desempenhada pelo negócio jurídico em concreto’, e não apenas quantitativo, baseado na porcentagem da prestação cumprida pelo devedor. Em exemplo didático, pense-se na venda de uma bicicleta que é entregue sem o pedal. Evidentemente, em termos percentuais, o pedal não deve representar sequer 5% das peças da bicicleta. No entanto, em termos qualitativos, o pedal revela-se fundamental para que a bicicleta desempenhe a função a que se destina, razão pela qual a sua não entrega configura inadimplemento absoluto, não já adimplemento substancial¹⁵¹.

Sem a intenção de exaurir o tema, esse critério qualitativo pode ser discutido sob balizas de caráter principiológico, levando em conta o princípio da boa-fé objetiva, e sob balizas qualitativas liquidantes, levando-se em conta o interesse do credor e a causa no contrato.

Para Marcos Ehrhardt Júnior e Gustavo Henrique G. Nobre, a baliza de caráter principiológico da boa-fé pode ser apresentada como o dever de lealdade e cooperação na relação obrigacional, de maneira a evitar danos (dever de proteção) e a dar maior transparência possível ao negócio (dever de informação). Na seara da teoria do adimplemento substancial, essa baliza exerceria função acopladora entre o critério quantitativo e o critério qualitativo de caráter liquidante, sendo, portanto, o elo entre tais critérios e conferindo-lhes funcionalização¹⁵².

¹⁵⁰ EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque; NOBRE, Gustavo Henrique G. Breves Notas Sobre a Teoria do Adimplemento Substancial e Sua Aplicação no Brasil. **Revista de Direito Civil e Processual**, n. 20, jun-2020. p. 26.

¹⁵¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017. p. 102-103.

¹⁵² EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque; NOBRE, Gustavo Henrique G. Breves Notas Sobre a Teoria do Adimplemento Substancial e Sua Aplicação no Brasil. **Revista de Direito Civil e Processual**, n. 20, jun-2020. p. 31.

Por sua vez, com base na boa-fé objetiva, Vivien Lys Porto apresentou alguns critérios para a consideração da significância do inadimplemento, quais sejam: a) a execução não integral será tratada como uma inexecução grave quando atingir parte essencial do contrato; b) uma violação fundamental será assim tratada quando atingir de maneira relevante a quantidade ou a qualidade da obrigação; c) um descumprimento do contrato de maneira deliberada configura violação fundamental; d) será considerado um inadimplemento grave quando a obrigação não for executada no tempo devido, desde que este fator seja essencial; e) fica ao livre alvedrio das partes criarem cláusulas contratuais apontando quais inadimplementos caracterizarão uma violação fundamental¹⁵³.

Em relação ao parâmetro qualitativo de interesse do credor, a manutenção contratual exige a avaliação do seu atendimento. Não basta observar-se que o descumprimento é ínfimo e não resulta, *a priori*¹⁵⁴, propriamente de uma quebra do dever-geral de boa-fé, se houver um comprovado carecimento do interesse creditório. Com efeito, a teoria do adimplemento substancial deve respeitar o preenchimento desse requisito imprescindível, o qual é bem exemplificado por Anelise Becker:

Entretanto, mesmo que ínfimo o descumprimento, conforme o caso, poderá representar perda total do interesse do credor pela prestação defeituosa, justificando-se a resolução. Quando alguém encomenda um buffet para ser servido em uma festa marcada para as vinte horas, se o é à meia-noite, o atraso – que se outro fosse o tipo da prestação, seria irrisório -, neste caso, tornou-a inútil, porque a hora aprazada é componente vital do interesse do credor. Assim, a diferença de apenas quatro horas no cumprimento da prestação, o que, a rigor, é algo ínfimo, despiu-a de utilidade para o credor, com o que, justifica-se a resolução. Mesmo que mínima a desconformidade, na hipótese, não se poderá falar, portanto, em adimplemento substancial, eis que carecedora a prestação de interesse para o credor. Decisivo é, sempre, o atendimento do interesse do credor¹⁵⁵.

Apesar de não dispensar o exame de aspectos subjetivos do credor, é imprescindível salientar que essa avaliação deve levar em conta critérios objetivos, tendo em vista aquilo que, no contexto pactuado, seria comumente esperado no caso concreto, não devendo essa aferição do interesse do credor resultar de seu puro arbítrio, o que acabaria por desvirtuar a própria finalidade da teoria do adimplemento substancial. Em outras palavras, mas perfilhando o sentido aqui utilizado para análise do interesse do credor, colhe-se o seguinte excerto:

¹⁵³ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos Contratos**: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010. p.164.

¹⁵⁴ Em momento posterior, a eventual manutenção de contrato em prejuízo do interesse do credor pode violar o princípio da boa-fé objetiva.

¹⁵⁵ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993. p. 64.

(..) os elementos “objetivos”, fornecidos pela regulação contratual e extraídos da natureza da prestação, e o elemento “subjetivo”, que reside na necessidade de o credor receber uma prestação que atenda a carência por ele sentida, de acordo com a sua legítima expectativa e a tipicidade do contrato. Não se trata dos motivos ou desejos que, eventualmente, o animavam, mas da expectativa resultante dos dados objetivos fornecidos pelo contrato, por isso, legítima¹⁵⁶.

Dessa maneira, constatado objetivamente que houve, ainda que não completo, satisfatório atendimento ao interesse do credor, fica viável, por este critério, a consideração do inadimplemento como insignificante, viabilizando-se a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Por derradeiro, observa-se a avaliação da baliza qualitativa referente à causa contratual, a qual pode ter dupla acepção. Na primeira acepção, pode-se dizer que causa seria o elemento que instauraria o mecanismo de resolução contratual, ou seja, ela seria o descumprimento obrigacional configurador do ilícito civil capaz de acarretar a resolução contratual e eventual responsabilidade civil. Sobre esse sentido de causa, pode-se dizer que a sua noção “quando atrelada à resolução, é amparada na perspectiva de causa como elemento capaz de gerar sanção ao agente sustentador do ilícito, figura essa de responsabilidade civil contratual forjada para sancionar o inadimplente”¹⁵⁷.

A percepção da resolução como uma sanção ao ilícito civil deve ser calibrada de acordo com o grau de intensidade do inadimplemento no caso concreto, o que inclusive é corroborado pela acima mencionada doutrina do direito da perturbação da prestação, a qual visa a adequar a resposta do ordenamento jurídico à proporção da violação perpetrada pela parte inadimplente. Ainda que não fale abertamente da aplicação dessa doutrina, observe-se o seguinte trecho:

[...] a confirmação da imputação deve ser totalmente preenchida com a força do ilícito fucral/adequado/apto a ensejar a tipicidade plena que pressupõe a última *ratio* no âmbito do direito privado, qual seja, a resolução do contrato. É patente, pois, a adoção de níveis de inadimplemento, cujo o insignificante não permitiria o desenvolvimento pleno da sanção inculpada no art. 475 do CC, mais precisamente em relação a resolução contratual¹⁵⁸.

¹⁵⁶ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**: resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 132-133

¹⁵⁷ EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque; NOBRE, Gustavo Henrique G. Breves Notas Sobre a Teoria do Adimplemento Substancial e Sua Aplicação no Brasil. **Revista de Direito Civil e Processual**, n. 20, jun-2020. p. 31.

¹⁵⁸ EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque; NOBRE, Gustavo Henrique G. Breves Notas Sobre a Teoria do Adimplemento Substancial e Sua Aplicação no Brasil. **Revista de Direito Civil e Processual**, n. 20, jun-2020. p. 31.

Assim, se for constatado que a conduta do inadimplente não configura causa significativa para a resolução contratual ou qualquer sanção civil pelo seu inadimplemento, deve-se descartar a aplicação destas, tendo em vista este juízo de proporcionalidade entre a conduta e o correspondente efeito sancionatório.

Por outro lado, numa segunda acepção, a causa pode ser considerada como o “conjunto de elementos específicos do contrato vistos numa unidade conceitual, que lhes imprime o objetivo comum”¹⁵⁹. Sobre esse aspecto, Anelise Becker assinala:

Uma vez inserindo-se a problemática do adimplemento substancial na questão da funcionalização dos direitos de crédito, está-se tocando na teoria da causa como a função econômica-social daquele direito. Nesta perspectiva, a compreensão e aplicação da doutrina do adimplemento substancial imbrica-se com o exame da causa para saber se, na relação obrigacional concreta, esta foi, ou não, atingida¹⁶⁰.

Portanto, impõe salientar que o “adimplemento exige não é tanto a satisfação do interesse unilateral do credor, mas o atendimento à causa do contrato”¹⁶¹. Ou seja, no momento de exame da significância do inadimplemento, o importante é verificar se a causa contratual foi ou não atendida, como bem ressalta Vivien Lys Porto no trecho a seguir:

A causa do negócio jurídico no adimplemento substancial subsiste à quebra mínima do vínculo contratual, de importância escassa, porquanto que o efeito esperado pela parte adimplente é atingido, ainda que não totalmente, mas de maneira satisfatória e útil [...]. A proporção ínfima inexecutada da obrigação não é apta a desnaturar a causa do contrato, preservando-o, porque a juridicidade da convenção estipulada entre a prestação e a contraprestação terá sido respeitada em sua grande parte¹⁶².

Por conseguinte, como acima colocado, é necessário avaliar a proporção da inexecução para fins de aferir se houve ou não uma desnaturação da causa contratual. Assim, deve-se proceder a uma avaliação para saber se a finalidade contratual – consistente na causa desse negócio jurídico – está sendo percebida no caso concreto, de modo que, se tal constatação não se efetivar, resta aberto o caminho para a resolução contratual, tornando inviável a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

¹⁵⁹ CASTRO *APUD* CHUEIRI, Rodrigo Cunha. **Adimplemento Substancial**: análise crítica de parâmetros para aplicação no direito brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2015, p. 50. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/15668>. Acesso em: 06 set 2020.

¹⁶⁰ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993. p. 60.

¹⁶¹ SCHREIBER, Anderson. A Tríplíce Transformação do Adimplemento: Adimplemento Substancial, Inadimplemento Antecipado e Outras Figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, v. 8, n. 32, p. 03-27, out./dez., 2007. p. 15.

¹⁶² SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos Contratos**: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 109-110.

2.2. FUNDAMENTOS DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO

Discutidos os critérios para balizar a incidência da teoria do adimplemento substancial, passa-se a fazer uma sintética delimitação de seus fundamentos no direito brasileiro.

Os princípios jurídicos estão apresentando uma relevância crescente na fundamentação e interpretação das normas dos ordenamentos, motivo pelo qual, em conexão com a conhecida obra de Norberto Bobbio denominada a “Era dos Direitos”¹⁶³, pode-se afirmar que, atualmente, vive-se a era dos princípios. Nessa linha, José Barros Correia Júnior e Paula Falcão, ao examinar justamente a aplicação da teoria do adimplemento substancial, ensinam:

(...) a aplicação da teoria, como mencionado por inúmeras vezes, parte da linha comum do princípio da boa-fé objetiva, não importando se a lei, geral ou especial, preveja a aplicação da teoria do adimplemento substancial. Hoje se vive uma era de princípios, onde a regra jurídica deve ser interpretada a partir dos princípios, deixando ele de ter mera aplicação subsidiária, servindo de instrumento de conformação para a regra¹⁶⁴.

Essa concepção se torna precisamente relevante no exame dessa teoria no ordenamento brasileiro, porquanto sua introdução no sistema jurídico nacional está estritamente fundamentada numa interpretação principiológica, não havendo nenhum dispositivo legal específico sobre ela. Dessa forma, é possível encontrar, em apontamentos esparsos na doutrina e na jurisprudência, como seu fundamento os seguintes princípios: boa-fé objetiva, função social do contrato, conservação dos negócios jurídicos, equidade, proporcionalidade, equilíbrio das posições contratuais, vedação ao abuso de direito, vedação ao enriquecimento sem causa, entre outros.

Em outro vértice, segundo Antonio Carlos Ferreira¹⁶⁵, há divergência sobre qual o correto embasamento dessa teoria, sendo indicados, principalmente, os seguintes fundamentos: os princípios da função social do contrato (art. 421 do Código Civil de 2002), a

¹⁶³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

¹⁶⁴ CORREIA JR., José Barros; ALBURQUEQUE, Paula Falcão. Convolação da recuperação judicial em falência: uma análise sob a luz da teoria do adimplemento judicial. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JR., Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Boa-fé e sua Aplicação no Direito Brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 361.

¹⁶⁵ FERREIRA, Antonio Carlos. A Interpretação da Doutrina do Adimplemento Substancial. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 18, ano 6, p. 35-60, São Paulo, RT, jan.-mar., 2019. p. 45.

boa-fé objetiva (Art. 422 do Código Civil e princípio implícito de matriz constitucional), a vedação ao abuso do direito (art. 187 do Código Civil) e ao enriquecimento sem causa (artigo 884 do Código Civil).

Já de acordo com algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, que trataram do embasamento dessa teoria, podem ser considerados como seu fundamento os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da preservação dos negócios jurídicos, senão vejamos:

O fundamento mediato do adimplemento substancial, em acórdãos de relatoria da ministra Nancy Andrigli, seria a função limitadora do exercício dos direitos pela boa-fé objetiva, que se colocaria ao lado da doutrina dos atos contraditórios. É também encontrável acórdão, da lavra do ministro Luís Felipe Salomão, que empresta ao adimplemento substancial o fundamento imediato da boa-fé objetiva e da função social do contrato, associados ao princípio da conservação dos negócios jurídicos¹⁶⁶.

Nesse diapasão, como se observa do enunciado 361 da IV jornada de Direito Civil, “o adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”. Por seu turno, consoante Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, a boa-fé pode ser considerada como “[...] uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídico. Vale dizer que, a boa-fé se traduz em um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matizes de natureza jurídica cogente”¹⁶⁷.

O princípio da boa-fé objetiva é considerado um dos principais fundamentos da teoria do adimplemento substancial no ordenamento jurídico brasileiro, como exposto, razão pela qual será o primeiro a ser aqui tratado. Segundo Karina Nunes Fritz, a boa-fé objetiva, sob a ótica da doutrina francesa, pode ser concebida como um reforço ao pactuado no contrato, enquanto que na ótica alemã, ela consiste num dever de se portar com lealdade, retidão e consideração pelos interesses dos outros. Não obstante a considerável influência obtida pelo direito francês, em função do Código de Napoleão, o conceito mais apropriado de boa-fé objetiva, na atualidade, é aquele derivado do direito alemão¹⁶⁸.

É importante salientar que a origem da boa-fé objetiva no direito alemão não surgiu exatamente no Código Civil alemão, mas na jurisprudência comercial alemã. Conforme

¹⁶⁶ FERREIRA, Antonio Carlos. A Interpretação da Doutrina do Adimplemento Substancial. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 18, ano 6, p. 35-60, São Paulo, RT, jan.-mar., 2019. P. 45

¹⁶⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos, Teoria Geral**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4. p. 100.

¹⁶⁸ FRITZ, Karina Nunes. O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã. **Revista Forense**, v. 395, p. 181-182, jan./fev. 2008.

ensina Menezes Cordeiro, os Tribunais de Comércio alemães, por não disporem de leis atualizadas para tratar dos problemas mercantis, passaram a utilizar uma técnica de decidir baseada na ponderação e razoabilidade comerciais: “criou-se, assim, uma tradição diversificada, apoiada em precedentes, que acabaria por encontrar um porto de abrigo natural, no §242 do BGB”¹⁶⁹. Sobre as características da boa-fé no direito alemão e suas diferenças em relação ao direito clássico romano, Judith Martins-Costa salienta que:

A fórmula *Treu und Glauben* demarca o universo da boa-fé objetiva obrigacional proveniente da cultura germânica, traduzindo conotações totalmente diversas daquelas que a marcaram no direito romano: ao invés de denotar a ideia de fidelidade ao pactuado, como numa das acepções da fides romana, a cultura germânica inseriu, na fórmula, as ideias de lealdade (*Treu und Glauben*) e crença (*Glauben* ou *Glaube*), as quais se reportam a qualidades ou estados humanos objetivos¹⁷⁰.

Por seu turno, Marcos Ehrhardt aduz que a boa-fé objetiva não impõe propriamente qual conduta deve ser seguida pelas partes de um negócio jurídico, mas como elas precisam se comportar, ou seja, portar-se de modo honesto, leal e correto, abstendo-se de provocar prejuízos a terceiro (dever de proteção), de modo a garantir “o conhecimento de todas as circunstâncias relevantes para a negociação (dever de informação); com apelo à velha *bona fides* comportamento que faz florescer laços de confiança entre os contratantes”¹⁷¹.

A consagração da aplicação do princípio da boa-fé na seara contratual do ordenamento pátrio foi enfatizada por Paulo Lôbo, o qual salienta que ele incide tanto na fase prévia, na execução e posterior ao término da execução contratual, tendo em vista a sua expressa previsão no Código Civil de 2002 no seu artigo 422. Assim, além do seu papel integrativo como dever geral de conduta negocial, ele se mostra um critério necessário para interpretação do sentido contratual ou de sua validade total ou parcial¹⁷². Mas não é apenas com base no Código Civil que se pode falar do princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista a sua natureza

¹⁶⁹ CORDEIRO, António Menezes. A boa fé nos finais do século XX. **Revista da Ordem dos Advogados Portugueses**, Lisboa, ano 56, v. III, p. 887-912, p. 895, dez. 1996. Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B68b82e6d-8122-4488-a75e-dc38215d7c9f%7D.pdf>. Acesso em: 29 ago 2022.

¹⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 124.

¹⁷¹ EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis: breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações contratuais. **Revista Baiana de Direito**, v. 4, p. 375-385, 2009, p. 382-383.

¹⁷² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Boa-fé no Direito Civil: do princípio jurídico ao dever geral de conduta. In: LOBO, Fabíola Albuquerque, EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Boa-fé e sua Aplicação no Direito Brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 361.

constitucional, salientada por Paulo Nalin, ao tratar da sua localização no sistema constitucional, *in verbis*:

[...] tendo o homem como centro necessário das atenções, oportuno de indagar da possibilidade de localização da boa-fé enquanto princípio geral do Direito, no sistema constitucional, assim como os demais princípios então ditos fundamentais inclusos na Carta, como o da dignidade do ser humano, a vida, a integridade física, a liberdade, a propriedade privada, a livre manifestação do pensamento, a intimidade e vida privada etc¹⁷³.

Por outro lado, há quem critique a inclusão no ordenamento jurídico brasileiro da teoria do adimplemento substancial lastreado no dever geral decorrente da boa-fé objetiva, pois não se deve aplicar a noção criada pelos ingleses sem observar as suas circunstâncias históricas e, bem assim, a sua visão restritiva. Nesse sentido, o embasamento da teoria inglesa do adimplemento substancial na boa-fé objetiva, com a concepção atual do direito brasileiro, seria um equívoco, uma vez que a teoria inglesa se originou no século XVIII, “quando nem mesmo na Alemanha se havia cogitado uma cláusula geral como a da boa-fé objetiva, nos moldes de seu desenvolvimento na segunda metade do século XIX”¹⁷⁴.

Entretanto, independentemente da origem da citada teoria e do princípio da boa-fé objetiva, o importante para concebê-lo como fundamento dela é a compatibilidade lógico-sistemática entre os dois no ordenamento atual e não propriamente o fato de terem ou não origem comum. Sobre isso, ressalte-se que o princípio da boa-fé objetiva – corolário do princípio da solidariedade social, o qual é extraído do art. 3º, inciso I, da Constituição Federal – é o principal fundamento da teoria do adimplemento substancial, consoante as colocações de Aline Terra e Gisela Guedes, as quais afirmam:

O real fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial reside, como apontado pelo Ministro Relator, na boa-fé objetiva, que, concretizando o princípio constitucional da solidariedade social na esfera contratual, transforma as relações obrigacionais, concebidas inicialmente como o locus destinado à perseguição egoísta das satisfações individuais, em espaço de cooperação e solidariedade, impondo aos contratantes que se empenhem em promover os interesses da contraparte, sem que isso importe, outrossim, em sacrifício de sua posição contratual de vantagem ou renúncia às situações de preponderância¹⁷⁵.

¹⁷³ NALIN, Paulo Roberto. **Ética e Boa-fé no Adimplemento Contratual**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 188.

¹⁷⁴ FFERREIRA, Antonio Carlos. A Interpretação da Doutrina do Adimplemento Substancial. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 18, ano 6, p. 35-60, São Paulo, RT, jan.-mar., 2019. p. 39.

¹⁷⁵ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017, p.111.

Por seu turno, é apontado como suporte normativo expresso do princípio da boa-fé-objetiva no direito brasileiro infraconstitucional o art. 4, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor e, mais recentemente, o art. 422 do Código Civil, o qual diz que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Nesse contexto, resta claro que a teoria do adimplemento substancial tem sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro fundamentada no princípio da boa-fé objetiva, o que é reforçado pelo Enunciado 371 da IV Jornada de Direito Civil, o qual dispõe: “A mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva”.

Em outro vértice, tem-se como um dos principais fundamentos da teoria do adimplemento substancial o princípio da função social do contrato, o qual tem previsão expressa no art. 421 e art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil. No caso do citado art. 421, houve recente mudança introduzida pela Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019), que extraiu a expressão “e em razão da” do texto legal, referindo-se à função social, deixando-o com a seguinte redação: “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. Apesar da sutileza da alteração não modificar a necessidade de observância desse princípio, é notório que ela busca restringir o seu alcance.

Ademais, também foi introduzido pela referida Lei de Liberdade Econômica o art. 421-A, que, em essência, aumenta a proteção à autonomia privada, fazendo um contraponto ao princípio da função social e criando maior obstáculo para intervenção no conteúdo contratual, o que, contudo, não configura empecilho insuperável pela teoria do adimplemento substancial, fundada naquele princípio de ordem constitucional.

Contudo, insta salientar que a doutrina¹⁷⁶ também considera o princípio da função social do contrato como corolário do princípio constitucional de função social da propriedade, insculpido no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, ou, por outro lado, havendo quem o veja como decorrente do princípio da solidariedade¹⁷⁷, também insculpido na Constituição Federal, por entender que não há como se conceber os contratos fora das relações de solidariedade na sociedade.

¹⁷⁶ TARTUCE, Flávio. **Função Social do Contrato**. São Paulo: Método, 2004. p. 20.

¹⁷⁷ Nesse sentido, vide: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 148

Por sua vez, o enunciado 23 do Conselho da Justiça Federal define precisamente o papel da função social no contrato, o qual é a seguir transcrito:

Enunciado 23. A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana¹⁷⁸.

Como se vê, o princípio da função social do contrato visa a limitar a autonomia contratual em prol de interesses sociais, o que se mostra compatível com a teoria do adimplemento substancial. Trata-se de evidente limite à autonomia contratual, que não se incompatibiliza com as modificações introduzidas pela Lei de Liberdade Econômica e que se harmoniza com a teoria do adimplemento substancial.

Portanto, o princípio da função social do contrato também pode atuar como fundamento para a incidência da teoria do adimplemento substancial para fins de proteção de interesses individuais das partes, ainda que tal ponto nem sempre seja pacífico na doutrina¹⁷⁹.

Ademais, reforçando o argumento de que a teoria do adimplemento substancial tem embasamento na função social do contrato, veja-se o seguinte trecho de obra de Vivien Lys Porto, que, tratando dessa teoria, também faz menção à equidade, mostrando a íntima relação desta com mais esse fundamento da teoria em comento, senão veja-se:

O descumprimento de parte mínima do contrato encontra guarida no ordenamento jurídico vigente ao ser relativizado, como efeito da causa denominada função social do contrato (CC, art. 421), de modo a preservar a relação negocial de expressiva importância ao tráfico econômico; coincidindo com o princípio da conservação dos contratos que prestigia a manutenção equilibrada do vínculo obrigacional, se mantida a essencialidade da obrigação dentro da equidade aplicável sob o princípio do pacta sunt servanda que se relativiza mediante o princípio da função social que prima pelo equilíbrio contratual¹⁸⁰.

Dessa forma, fica claro que a função social do contrato, como princípio que limita a autonomia negocial, pode servir de suporte para a teoria do adimplemento substancial,

¹⁷⁸ BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Consulta Enunciados**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669#:~:text=A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20do%20contrato.%C3%A0%20dignidade%20da%20pessoa%20humana>. Acesso em: 11 jul 2022.

¹⁷⁹ Em sentido contrário, Aline Terra diz que “A função social está para o interesse da sociedade assim como a função econômica está para o interesse das partes, cuja promoção se garante por instrumentos próprios, como a boa-fé objetiva e o equilíbrio das posições contratuais. Por essa razão, descarta-se, peremptoriamente, função social como fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial, que se ocupa apenas dos interesses das partes contratantes” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017, p.107).

¹⁸⁰ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos Contratos**: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 94-95.

propiciando uma maior equanimidade/equidade entre as partes e evitar a resolução contratual em caso de ínfimo descumprimento contratual.

Por outro lado, também é apontado como fundamento da teoria do adimplemento substancial o princípio da vedação ao abuso do direito, que teria como lastro o disposto no artigo 187 do Código Civil, que assim dispõe: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Com esse entendimento, Anelise Becker aduz que se ficar configurado o adimplemento substancial, o pleito de resolução contratual se mostra como um abuso de direito. Nesse sentido, veja-se o seguinte trecho:

Aí está o excesso, o abuso, mesmo o contra-senso na resolução, em caso de ter havido adimplemento substancial. Abusiva, também, a exceção de contrato não cumprido quando o incumprimento é insignificante em relação à totalidade do devido. E, por isso, são vedadas. Mas, para que o credor não reste prejudicado, pois, a rigor, tem direito a uma prestação exata, concede-se-lhe o direito de exigir o cumprimento da parte omitida e/ou perdas e danos¹⁸¹.

Nessa mesma direção de raciocínio, Eduardo Luiz Bussata aventa que induzir a resolução contratual nos casos de adimplemento substancial significaria uma conduta abusiva, conforme se vê a seguir, *in verbis*:

Assim, a teoria do adimplemento substancial toma em consideração o desequilíbrio existente no exercício do direito à resolução em ocorrendo inadimplemento de escassa importância, de forma a considerá-lo abusivo, uma vez que contrário à boa-fé e à finalidade econômico-social do contrato, permitindo-se, então, ao juiz a ruptura ético-jurídica do direito legal, a fim de decidir a lide de acordo com os postulados da justiça e os anseios sociais¹⁸².

Esse entendimento não é pacífico, tendo em vista, por exemplo, a posição de Aline Terra e Gisela Guedes, que alegam a inutilidade da teoria do adimplemento substancial para evitar o abuso de direito, o que se observa no trecho abaixo transcrito:

Nesse cenário, em que até diante da mora se admite a resolução, o adimplemento substancial exsurge como a tábua de salvação, a permitir o afastamento do direito de resolver quando o inadimplemento (absoluto ou relativo) é insignificante, por configurar abuso do direito. No entanto, como já se apontou, a resolução exige específico suporte fático: o inadimplemento absoluto. Apenas em presença de inadimplemento absoluto, e não de simples mora, faculta-se ao credor resolver a relação obrigacional. Não se faz necessário, em consequência, lançar mão do abuso do direito para vedar a resolução em caso de “mora de pouca importância”, porque a mora – qualquer mora – não autoriza a resolução, mas enseja apenas a execução específica ou pelo equivalente e eventual indenização por perdas e danos¹⁸³.

¹⁸¹ BECKER, Anelise. **A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva omparatista**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 9, 1993, p. 70.1

¹⁸² BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 87.

Contudo, apesar de tais autoras salientarem que apenas o inadimplemento absoluto se prestaria para deflagrar a resolução, em sentido contrário, observem-se os casos de alienação fiduciária em que uma simples mora pode ensejar a ação de busca e apreensão, conforme restou decidido no polêmico RESP 1522666-MG, mostrando que – ainda que seja discutível se em tal caso tenha ocorrido ou não resolução contratual¹⁸⁴ – os efeitos práticos são idênticos pois encerram o contrato. Assim, estariam configurados os mesmos drásticos e desproporcionais efeitos da resolução, ainda que o devedor seja apenas irrisoriamente inadimplente, enquanto a parte credora é plenamente satisfeita na referida ação de busca e apreensão.

Dessa forma, é preferível entender que tal princípio de vedação ao abuso de direito também constitui fundamento da teoria do adimplemento substancial, consoante se pode inferir do seguinte trecho de Eduardo Luiz Bussata:

[...] dessa faculdade, como não poderia deixar de ser, decorre a inexistência de prioridade ou hierarquia entre os caminhos abertos ao credor. Somente a sua conveniência, num primeiro momento, é que indicará o caminho a ser seguido. [...] Ante a faculdade acima delineada, avulta de importância a teoria do adimplemento substancial como limite ao direito formativo de resolver conferido ao credor, à medida que a ausência de limites pode levar a situações de manifesta injustiça, especialmente naquelas situações em que a quase totalidade do programa obrigacional foi cumprida pelo contratante ou, contrariamente, tendo a outra parte obtido a quase-totalidade do proveito que almejava ao contratar¹⁸⁵.

Por seu turno, também é indicado como fundamento da teoria do adimplemento substancial o princípio de vedação ao enriquecimento sem causa, previsto no artigo 884 do Código Civil, que assim dispõe: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.” Contudo, a teoria do adimplemento substancial não se mostra compatível com a finalidade do instituto de vedação de enriquecimento sem causa, como bem colocado por Aline Terra e Gisela Guedes:

[...] enquanto a função precípua do enriquecimento sem causa é remover o enriquecimento do patrimônio do enriquecido, a função da Teoria do Adimplemento Substancial é avaliar a legitimidade dos instrumentos de tutela pleiteados pelo credor diante do descumprimento incapaz de comprometer o interesse do credor na

¹⁸³ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017, p.110.

¹⁸⁴ No acórdão citado, o Superior Tribunal de Justiça aduz que não seria caso de resolução contratual, mas apenas de adimplemento forçado pela via judicial.

¹⁸⁵ BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 89-91.

prestação, a fim de evitar a imputação, ao devedor, de consequências desproporcionais à intensidade da lesão à prestação devida¹⁸⁶.

Ademais, como também salientado por Aline Terra e Gisela Guedes, uma das condições previstas no artigo 886¹⁸⁷ do Código Civil é a subsidiariedade do instituto de vedação ao enriquecimento sem causa, de modo que, por mais este motivo, a teoria do adimplemento substancial não o poderia ter como fundamento, senão vejamos:

[...] um dos requisitos expressamente previstos no art. 886 para a aplicação do instituto é a subsidiariedade: faz-se necessário que não haja, no ordenamento jurídico, qualquer outra pretensão à disposição do titular do direito que lhe permita obter resultado igual ou mais favorável do que aquele que alcançará por meio da pretensão de enriquecimento sem causa. Ora, a *actio in rem verso* não é, em definitivo, o instrumento à disposição do devedor para tutelar seu direito¹⁸⁸.

Com efeito, a finalidade da teoria do adimplemento substancial não se presta a evitar o enriquecimento sem causa, pois, nos casos em que ela é aplicável, a parte credora tem pleno direito sobre o objeto demandado, tendo em vista que está previsto no acordo contratual. Na verdade, o que se busca na teoria do adimplemento substancial é apenas evitar a desproporcionalidade entre a medida tomada pelo credor e o descumprimento ínfimo do contrato, possibilitando que a prestação descumprida seja cobrada por meios razoáveis.

Tais meios razoáveis conectam-se diretamente com a noção de equidade, a qual tem íntima ligação com um dos princípios que embasam a teoria do adimplemento substancial, como já colocado, que é o princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista que este teria como um dos seus deveres anexos aquela primeira, consoante a transcrição abaixo:

Entre nós, a exemplo do que ocorreu anteriormente no Direito Comparado, tornou-se comum afirmar que a boa-fé objetiva está relacionada com os deveres anexos, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial. A quebra desses deveres anexos gera a responsabilização civil daquele que desrespeita a boa-fé objetiva. 10 Como deveres anexos, podemos citar, entre outros: a) o dever de cuidado em relação à outra parte negocial; b) o dever de respeito; c) o dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo do negócio; c) o dever de agir conforme a confiança depositada; d) o dever de lealdade e probidade; e) o dever de colaboração ou cooperação; f) o dever de agir conforme a razoabilidade e a **equidade**¹⁸⁹. (grifo nosso)

¹⁸⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017, p. 108.

¹⁸⁷ Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido

¹⁸⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017, p. 108.

¹⁸⁹ **IBDFAM**. TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/48.pdf>. Acesso em: 10 dez 2020.

Em verdade, o princípio da equidade conecta-se com praticamente quase todos os fundamentos da teoria do adimplemento substancial, uma vez que esta noção está nas raízes históricas dessa teoria, conforme acima apontado. Contudo, é preciso suplantar essa noção derivada do princípio de equidade por uma nova visão contemporânea consubstanciada no princípio da equanimidade, a qual melhor se adequa ao caso, conforme abaixo será doravante delineado.

2.3. A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL COMO INSTRUMENTO DE EQUANIMIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

As perturbações das prestações obrigacionais¹⁹⁰ podem ter diversos efeitos no ordenamento pátrio, como a ocorrência da resolução contratual, prevista no artigo 475 do Código Civil, cuja concretização pode se realizar em decorrência do inadimplemento definitivo.

Portanto, a resolução contratual é um dos remédios jurídicos colocados ao alcance das partes contratantes, quando o acordo não for adimplido. Entretanto, esse efeito não deve ocorrer em qualquer caso de inadimplemento, tendo em vista a eventual incidência da teoria do adimplemento substancial. É que esta teoria tem justamente o papel de impedir a ocorrência da resolução contratual, à vista do cumprimento considerável da avença, em que se constata que apenas parcela irrisória não foi cumprida na prestação contratual.

A teoria do adimplemento substancial consiste em construção doutrinária que tem como premissa um adimplemento tão perto do resultado almejado no contrato, que, diante da conduta de boa-fé das partes, obstaculiza-se o exercício do direito de resolução, viabilizando ao credor apenas a obtenção de indenização equivalente ou cobrança das prestações faltantes. Ela opera como verdadeiro instrumento de equanimidade à vista da relação fático-jurídica inerente, possibilitando decisões razoáveis, tendo em conta as particularidades do caso concreto.

Nesse ponto, é preciso fazer um esclarecimento sobre o conceito de equanimidade e sua distinção em relação ao conceito de equidade. De modo geral, no Direito Civil brasileiro,

¹⁹⁰ Segundo o professor Marcos Ehrhardt, “a perturbação das prestações obrigacionais corresponde ao gênero do qual seria possível extrair as espécies de inadimplemento absoluto (incumprimento definitivo), mora e violação positiva da obrigação (violação positiva do crédito)” (EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque. **Responsabilidade Civil pelo Inadimplemento da Boa-fé**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 156-157).

ensina-se que o princípio da equidade serve para equilibrar as relações entre as partes e/ou aplicar a justiça no caso concreto, evitando-se uma vantagem excessiva por qualquer uma delas. Nesse sentido, Luiz Edson Fachin diz que a equidade promove “tratamento diferenciado de situações desiguais; compreende o princípio da diferenciação positiva: modulação funcional, rendimentos, titularidades e outros fatores sociais, laborais e familiares”¹⁹¹. Também se menciona o princípio da equidade no sentido aqui tomado nos artigos 8º da CLT, 140 do CPC, 51, inciso IV, do CDC, 413, 419 e outros do Código Civil. Por sua vez, Paulo Lobo salienta que:

No que respeita aos princípios do contrato a equidade não se concebe autonomamente, mas como critério de heterointegração tanto do princípio da boa-fé quanto do princípio da equivalência material. O juízo de equidade o juiz às proximidades do legislador, porém limitado à decidibilidade do conflito determinado, na busca do equilíbrio dos poderes privados. Apesar de trabalhar com critérios objetivos, com standards valorativos, a equidade é entendida no sentido aristotélico como da justiça do caso concreto¹⁹².

Contudo, de acordo com os autores Pablo Malheiros, Fernando Dantas e Paulo Nalin, o correto seria usar a palavra equanimidade no lugar de equidade, já que esta última traz uma ideia “muito vinculada a uma perspectiva subjetiva do intérprete, o que a tornaria incontrolável”¹⁹³, enquanto aquela, baseada na ideia de *fairness* de Dworkin¹⁹⁴, “demanda uma exposição pública e racional do fundamento do que seja justo em cada caso concreto”¹⁹⁵.

Quando se discute a teoria do adimplemento substancial é muito comum se encontrar referências ao princípio da equidade, como acima já visto, quando, em verdade, seria mais apropriado o uso do conceito de equanimidade. Feita essa ressalva sobre o indevido uso do conceito de equidade, é de se mencionar que seu uso está na origem da teoria do adimplemento substancial (a qual remete, como já citado, ao direito anglo-saxão), conforme se pode inferir do seguinte trecho:

¹⁹¹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 171-174.

¹⁹² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 82.

¹⁹³ **JUSBRASIL**. FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; NALIN, Paulo; DANTAS, Fernando Carvalho. Redução das mensalidades escolares de instituição de ensino privadas com efeito do Covid-19. 2020. Disponível em: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/839229317/reducao-das-mensalidades-escolares-de-instituicao-de-ensino-privadas-com-efeito-do-covid-19?ref=feed#_ftn32. Acesso em: 10 dez 2021.

¹⁹⁴ Sobre essa perspectiva de equanimidade, consultar: STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁹⁵ **JUSBRASIL**. FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; NALIN, Paulo; DANTAS, Fernando Carvalho. Redução das mensalidades escolares de instituição de ensino privadas com efeito do Covid-19. 2020. Disponível em: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/839229317/reducao-das-mensalidades-escolares-de-instituicao-de-ensino-privadas-com-efeito-do-covid-19?ref=feed#_ftn32. Acesso em: 10 dez 2021.

Os magistrados ingleses salientam que a regra é o cumprimento estrito dos contratos e que a ideia de que parcelas mínimas de uma obrigação não poderiam admitir o exercício de um direito potestativo resolutivo pleno está centrada no juízo de equidade, que desde os tempos de Henrique VIII serve para temperar os rigores do direito estatutário¹⁹⁶.

Também na mesma linha, confirmando que a teoria do adimplemento substancial se mostra como um instrumento de equidade – que, no ponto de vista aqui adotado, deveria se referir à equanimidade –, veja-se:

No que tange à doutrina do adimplemento substancial, relativiza a aplicação do instituto da resolução, típico dos ordenamentos "inspirados nos princípios da liberdade e autonomia privadas, por uma questão de justiça substancial e de equidade¹⁹⁷.

Dessa forma, *mutatis mutandis*, fica claro que a teoria do adimplemento substancial serve como instrumento de equanimidade das relações privadas, na medida em que confere maior razoabilidade ao uso do instituto da resolução contratual, vedando a sua desproporcional aplicação nos casos em que houver um inadimplemento ínfimo no contexto contratual e, assim, possibilitando ao juiz decidir com moderação e razoabilidade no caso concreto.

Diante dessa finalidade de conferir equanimidade às relações da teoria do adimplemento substancial, questiona-se se os mesmos fundamentos podem ser estendidos ao âmbito recuperacional, em que se verifica aspectos equivalentes entre o contrato e o plano recuperação judicial da empresa, como outrora já demonstrado. Tal questionamento será debatido no capítulo a seguir.

¹⁹⁶ **CONJUR.** FERREIRA, Antonio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial (Parte 1). Consultor Jurídico. 9 fev. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-09/direito-civil-atual-interpretacao-doutrina-adimplemento-substancial-parte>. Acesso em: 10 dez 2021.

¹⁹⁷ BECKER, Anelise. **A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993, P. 66-67.

3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL À RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO

3.1. A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL EM FACE DO INADIMPLEMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Como demonstrado, a recuperação judicial das empresas tem como objetivo estimular o reerguimento de empresas em crises, mantendo-se e regenerando-se a atividade empresarial que se mostra viável. A recuperação judicial é, por assim dizer, o meio pelo qual, com provocação do Poder Judiciário, os credores são convocados a negociar um plano estratégico de viabilização da empresa.

O deferimento da recuperação gera condições favoráveis para a retomada da empresa, e, por tabela, seus benefícios para a sociedade e, em especial, os denominados *stakeholders*¹⁹⁸, tendo em vista sua função social e, mais especificamente, sua relevância para o desenvolvimento econômico. Nesse sentido, Jorge Lôbo, ao falar dos prejuízos econômicos trazidos pelas crises empresariais, aduz que “o perecimento de uma empresa, por menor e mais inexpressivo que seja, representa a morte de uma célula do organismo como um todo”¹⁹⁹.

Em outro vértice, o plano de recuperação também pode ser benéfico para os credores, os quais cedem condições mais vantajosas ao empresário devedor em detrimento de seus direitos creditícios originais, por estarem convencidos, por meio de uma avaliação econômico-financeira, da viabilidade da recuperação da empresa e de que esta é a melhor alternativa para percepção de seus créditos. É que, muitas vezes, o adimplemento em condição menos favorável de seus créditos, no âmbito da recuperação, pode ser melhor que arriscar receber muito menos ou até mesmo nada numa eventual falência do empresário. Isso sem falar na possibilidade de futuros negócios com a empresa reabilitada.

Ademais, há a segurança jurídica de respeito ao plano de recuperação, tendo em vista o trâmite judicial e a previsão de automática convolação em falência no caso de descumprimento do plano de recuperação. Nesse diapasão, conforme Francisco Souza e

¹⁹⁸ Comunidade que se relacione ou depende da empresa em questão. Segundo José Barros Correia Júnior, tal denominação decorre de uma teoria “há muito absorvida pela Administração de Empresas, mas ainda insubsistente no Direito, denominada teoria dos stakeholders, de Edward Freeman” (CORREIA JUNIOR, José Barros **A Função Social e a Responsabilidade Social da Empresa Perante os stakeholders**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 54.

¹⁹⁹ LÔBO, Jorge. Soluções para a crise das empresas e a constituição econômica do Brasil. *In: Doutrinas essenciais de direito empresarial*. São Paulo: RT, 2010. v.6. p. 101.

Antônio Sérgio Pitombo, é de se destacar que, além da manutenção dos órgãos (Assembleia Geral de Credores, Comitê de Credores e Administrador Judicial) da recuperação em plena atividade, a execução do plano de recuperação é caracterizada por um maior rigor ao eventual descumprimento das obrigações avençadas. Se isso ocorrer, independentemente da vontade dos credores, o juiz determinará, de ofício, a referida convolação em falência²⁰⁰.

Nesse contexto, cumpre salientar que “para aferir se há descumprimento (rectius, inadimplemento) é necessário interpretar o plano de recuperação judicial, à semelhança dos contratos, que devem ser interpretados para aferir se ocorreu ou não inadimplemento”²⁰¹. Essa natureza contratual dá ensejo ao reconhecimento de que a ação de recuperação judicial segue o rito da jurisdição voluntária, matéria já amplamente discutida no capítulo relativo à natureza jurídica do plano de recuperação.

Assim, abre-se a possibilidade de haver decisões com base na conveniência e oportunidade no âmbito da recuperação judicial, em consonância com a previsão do parágrafo único do art. 723 do CPC, dando azo à denominada “função criativa da jurisdição estatal”²⁰². A doutrina e jurisprudência pátria têm demonstrado que essa criatividade judicial tem sido amplamente aceita no desenvolvimento dos processos de recuperação judicial, afastando-se, muitas vezes, de uma estrita interpretação literal da lei, conforme se vê a seguir:

A percepção de que a recuperação judicial é também jurisdição voluntária traz a reboque uma noção de maior discricionariedade judicial para presidir e decidir o processo, sobretudo diante do que estabelece o art. 723, parágrafo único, do CPC (LGL\2015\1656). Nesse sentido, a conclusão se reflete na própria legitimação/fundamentação do que já vem sendo feito na prática; vale dizer, a adaptação/flexibilização do procedimento e mitigação das regras específicas que tratam do instituto²⁰³.

Também nesse diapasão, veja-se o posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, reconhecendo a recuperação judicial como um exemplo de jurisdição voluntária e em que é permitida a função criativa judicial nesses casos, como se detrai da ementa:

A recuperação judicial tem natureza jurídica de jurisdição voluntária, modalidade de jurisdição em que se permite ao juízo o abandono das medidas estritas do direito

²⁰⁰ Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005. JÚNIOR, Francisco Satiro de Souza; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 302 e 303.

²⁰¹ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 295

²⁰² DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1. p. 225-226.

²⁰³ DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; BATISTA, F. V. A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para a estruturação do procedimento. **Revista de Processo**, v. 310, p. 237-262, 2020. p. 247.

objetivo, autorizando a redefinição de procedimentos e formas para garantir a consecução dos fins últimos do processo[...]²⁰⁴.

Por sua vez, como se sabe, no caso de inadimplemento contratual, nos termos do art. 475 do Código Civil, pode ocorrer a resolução contratual, já a situação equivalente no âmbito da recuperação judicial é o descumprimento do respectivo plano, cujo efeito jurídico é a convalidação da recuperação judicial em falência.

Com base nisso, defende-se que a teoria do adimplemento substancial, amplamente aceita na hipótese de descumprimento contratual, possa também ser aplicada para o caso de descumprimento ínfimo do plano de recuperação judicial, à vista do disposto no art. 723 do CPC, com base numa interpretação extensiva de tal teoria, adequada para moderar a incidência literal do artigo 73, inciso IV, combinado com o artigo 61, §1º, ambos da Lei 11.101/2005²⁰⁵.

Da leitura dos citados dispositivos, depreende-se que, diante de qualquer descumprimento do plano de recuperação no prazo de dois anos da aprovação do plano, a recuperação deverá ser automaticamente convalidada em falência. Por conta disso, há diversas decisões judiciais interpretando de maneira literal tais dispositivos, as quais podem ser ilustradas na ementa abaixo transcrita:

[...]

3. A partir da aprovação tempestiva do plano de recuperação judicial, não se pode desconsiderar sua existência, validade e eficácia. Ela implica "novação dos créditos anteriores ao pedido", obrigando "o devedor e todos os credores a ele sujeitos" (art. 59 da Lei de Falências - LF). **O descumprimento de qualquer obrigação confida no plano implica a convalidação da recuperação em falência (art. 61, §1º, LF).**

[...]

5. Conflito conhecido para o fim de declarar a competência do juízo da recuperação judicial²⁰⁶.

²⁰⁴ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Agravo de Instrumento n. 10024160579058018 MG**. Rel.: Des. Kildare Carvalho. Data de Julgamento: 03 abr0018. Data de Publicação: 09 abr 2018.

²⁰⁵ Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o juiz poderá determinar a manutenção do devedor em recuperação judicial até que sejam cumpridas todas as obrigações previstas no plano que vencerem até, no máximo, 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial, independentemente do eventual período de carência.

§ 1º Durante o período estabelecido no caput deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei.

[...]

Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: (...)

IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei. (...)

²⁰⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **CC n. 172.716/GO**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Relatoria para Acórdão: Min. Nancy Andriighi. 2ª Seção. Julgado: 09 fev 2011. DJe: 20 mai 2011.

Tal posicionamento reflete a ideia de que qualquer descumprimento do plano de recuperação judicial é um indicativo de que a crise financeira da empresa não pode ser superada. Nesse sentido, Marlon Tomazette assevera que o descumprimento do plano, no referido período (denominado prazo de observação), gera a presunção de que o devedor não vai adimplir com os outros compromissos firmados²⁰⁷. Também com o mesmo posicionamento, veja-se o seguinte trecho de precedente judicial do Tribunal de Justiça de Goiás, o qual aduz que o:

[...] descumprimento da obrigação assumida no plano de recuperação judicial revela inviabilidade de continuidade da atividade empresarial, impondo-se sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que com ela negociaram, exigindo a convalidação da recuperação judicial em falência)²⁰⁸.

O mesmo entendimento também pode ser aplicado, com as devidas adaptações, ao caso de descumprimento do plano de recuperação judicial em prazo superior ao de dois anos, cuja convalidação em falência depende do requerimento do credor, nos termos do art. 62 c/c art. 94, III, g, da Lei nº 11.101/2005²⁰⁹.

Contudo, em consonância com Paula Falcão e José Barros Correia Júnior, nem sempre o descumprimento parcial do plano significa uma inviabilidade da recuperação da empresa em crise. Muitas vezes, o empresário pode ter cumprido parte substancial do ajustado, entretanto, por um descuido mínimo, ter que arcar com a convalidação da recuperação da empresa em falência, em função de uma interpretação isolada e literal dos citados dispositivos da Lei 11.101/2005²¹⁰.

²⁰⁷ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial..** Falências e Recuperação de Empresas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 3. p. 236.

²⁰⁸ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. **AI 52741-1/186**. Relatora: Des^a. Beatriz Figueiredo Franco. 1ª Turma. 4ª Câmara Cível. Julgamento: 13 set 2008.

²⁰⁹ Art. 62. Após o período previsto no art. 61 desta Lei, no caso de descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação judicial, qualquer credor poderá requerer a execução específica ou a falência com base no art. 94 desta Lei.

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

[...]

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

[...]

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.[...]

²¹⁰ CORREIA JR., José Barros; ALBURQUEQUE, Paula Falcão. Convalidação da recuperação judicial em falência: uma análise sob a luz da teoria do adimplemento judicial. *In*: LOBO, Fabíola Alburqueque; EHRHARDT JR., Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Boa-fé e sua Aplicação no Direito Brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 355

Por conta das consequências de potencial devastador, há de se ter cuidado na aplicação desmesurada da convolação da recuperação em falência por qualquer descumprimento do plano. Essa medida exige “cautela para não ofender princípios jurídicos elementares”²¹¹, os quais, inclusive, podem fundamentar a aplicação da própria teoria do adimplemento substancial para impedir a convolação, como é o caso, a título de exemplo, dos princípios da preservação da empresa, da função social da empresa e da boa-fé objetiva.

Nesse sentido, não se pode conceber que, em todos os casos em que haja uma mínima desobediência do plano de recuperação, seja imputado tão drástico efeito, razão pela qual a teoria do adimplemento substancial se mostra como remédio jurídico válido e eficaz para coibir a eventual irracionalidade de tal medida no caso concreto. Também na mesma toada, José Barros Correia Júnior e Paula Falcão salientam que:

[...] o irrisório descumprimento do plano de recuperação judicial, em atenção à visão solidarista da livre iniciativa, por si só não pode obstaculizar a manutenção da atividade empresarial. O ideário de estímulo da atividade empresarial viável é fundado nos benefícios que a coletividade passa a ter com o incremento da iniciativa privada, através da geração de empregos, da circulação de riquezas, da arrecadação fiscal, dentre outros. Nesse sentido, tem-se possível a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos processos de recuperação judicial²¹².

Seguindo essa linha de raciocínio, embora não diretamente mencionando a teoria do adimplemento substancial, Carlos Abrão argumenta que não seria lógico que, depois do cumprimento de grande parcela das metas e transcorrido período de mais de ano, um mero descumprimento do plano, sem qualquer influência no seu contexto, pudesse significar a convolação da recuperação em falência. Por conta disso, tal autor sugere que seja sopesado o caso concreto, para que se possa proferir uma decisão que se compatibilize com a realidade da recuperação da empresa²¹³.

Assim, diante da análise do caso concreto, há de se examinar a proporcionalidade entre o descumprimento ínfimo do plano de recuperação judicial e o efeito jurídico de convolação da recuperação em falência. E essa é justamente a proposta da teoria do

²¹¹ MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: falência e recuperação de empresas**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 4. p. 208.

²¹² CORREIA JR., José Barros; ALBURQUEQUE, Paula Falcão. Convolução da recuperação judicial em falência: uma análise sob a luz da teoria do adimplemento judicial. *In*: LOBO, Fabíola Alburquerque; EHRHARDT JR., Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Boa-fé e sua Aplicação no Direito Brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 367

²¹³ ABRÃO, Carlos Henrique. *In*: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. (Coordenadores). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 308-309.

adimplemento substancial, a qual serve também para modular os efeitos rígidos da interpretação literal da legislação em questão. Sobre o abrandamento da inflexibilidade do art. 73 da Lei 11.101/2005, diz-se que:

a melhor interpretação do disposto neste art. 73 sugere, portanto, a mitigação da dureza e da inflexibilidade do comando nele contido. Ao invés de aplicar-se, *in litteram legis*, o que reza a Lei (“o juiz decretará a falência [...]”), conviria dar-lhe algum polimento, para ler-se “o juiz poderá decretar a falência”, o que melhor se coadunaria com o espírito que deve presidir a aplicação da Lei, Teria sido preferível, portanto, tivesse a Lei aqui seguido a trilha do direito francês²¹⁴.

Sem dúvidas, esse entendimento conflui para a aceitação da aplicação da teoria do adimplemento substancial no caso de descumprimento do plano de recuperação, pois, repita-se, esta visa a evitar, justamente, que uma inobservância mínima, diante do contexto geral do plano de recuperação, possa provocar um prematuro fim da recuperação judicial da empresa, cujos dados econômico-financeiros, muitas vezes, não obstante tal descumprimento, demonstram uma efetiva viabilização empresarial.

A moderação na aplicação da medida de convalidação da recuperação em falência, com fundamento na teoria do adimplemento substancial, visa não apenas a conferir uma maior razoabilidade à decisão do caso concreto, mas também analisar as consequências de tal inadimplemento sob o prisma da racionalidade econômica. Essa abordagem se justifica na medida em que, conforme Joaquim Jorge Lobo, a recuperação judicial também tem características de instituto de Direito Econômico, consoante transcrição abaixo:

[...] embora ‘ato complexo’ e ‘ação constitutiva’, **a recuperação judicial tem natureza e as características de um instituto de Direito Econômico**, como passo a demonstrar. Filio-me à doutrina, liderada, no País, por Orlando Gomes, que sustenta (a) estar o Direito Econômico situado numa zona intermediária entre o Direito Público e o Direito Privado, (b) possuir uma tríplice unidade: ‘de espírito, de objeto, e de método’ e (c) não orientar-se regra de direito pela idéia de justiça (princípio da igualdade), mas pela idéia de eficácia técnica devido à especial natureza da tutela jurídica que dela emerge, em que prevalecem interesses gerais e coletivos, públicos e sociais, que ela colima preservar e atender prioritariamente, daí o caráter publicístico de suas normas, que se materializam através de ‘fato de príncipe’, ‘proibições legais’ e ‘regras excepcionais’. Com efeito, a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Econômico, **porque suas normas não visam precipuamente realizar a idéia de justiça, mas sobretudo criar condições e impor medidas que propiciem às empresas em estado de crise econômica se reestruturarem, ainda que com parcial sacrifício de seus credores**²¹⁵. (grifo nosso)

²¹⁴ ZANINI, Carlos Klein. In: SOUZA JR., Francisco; PITOMBO, Antônio Sergio A. de Moraes. (Coordenadores). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 334.

²¹⁵ LOBO, Jorge Joaquim. Direito da Empresa em crise: a nova lei de recuperação da empresa. **Revista Forense**, v. 379, p. 119-131, maio-jun. 2005, p. 127-12.

Assim, a teoria do adimplemento substancial serve também para evitar o rompimento desproporcional das relações contratuais empresariais, que, em contradição com os objetivos da legislação recuperacional, poderia ser causado pela aplicação irrefletida da convolação em falência.

No modelo brasileiro, a recuperação judicial é realizada para sanar os desequilíbrios econômico-financeiros, em que “além do emprego da razoabilidade jurídica, é necessária a utilização da racionalidade econômica, a fim de precisar se é viável determinada empresa sair da crise econômico financeira que se encontra”²¹⁶. Por conta disso, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi claro em delinear que os posicionamentos de sua jurisprudência e a do Superior Tribunal de Justiça são “no sentido de só se convolar em falência aquela recuperação judicial na qual não haja mais qualquer possibilidade material de superação da situação econômica financeira da empresa devedora”²¹⁷.

Tal entendimento, portanto, importa que a análise da convolação em falência também passe pelo crivo do denominado consequencialismo jurídico, o qual, de toda forma, deve estar amplamente lastreado em fundamentação compatível com o ordenamento vigente. Nesse diapasão, eis o seguinte excerto:

[...] a preocupação com potenciais repercussões das decisões judiciais não parece divorciar-se do papel que se espera do julgador no Estado de Direito Contemporâneo, muito embora pareça igualmente adequado resguardar que o recurso a essa linha de argumentação não seja feito de maneira meramente retórica, servindo para justificar decisões que, a princípio, não poderiam ser aceitas à luz do ordenamento vigente²¹⁸.

Na mesma linha de raciocínio, José Barros Correia Júnior e Paula Falcão defendem que se deve fazer uma análise consequencialista, “para a ponderação entre o objeto do plano que foi descumprido e a possível decretação da falência” e, assim, concluem que a “teoria do adimplemento substancial permite essa ponderação”²¹⁹.

²¹⁶ CANTO, Jorge Luiz Lopes do. A convolação da recuperação em falência. *In*: ANDRIGGHI, Fátima Nancy, BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência (Lei nº 11.101/2005)**: retrospectiva geral contemplando a Lei nº 13.043/2014 e a Lei Complementar nº 147/2014. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 226.

²¹⁷ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Agravo de Instrumento n. 0044689-08.2015.8.19.0000**. 14ª Câmara Cível. Relator: Des. Cleber Ghelfenstein. Julgamento: 08 set 2015.

²¹⁸ VIARO, Felipe Albertini Nani. Consequencialismo e Decisão Judicial. *In*: **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Ives Gandra da Silva (coord.). Indaiatuba: Foco, 2019. p. 79.

²¹⁹ CORREIA JR., José Barros; ALBURQUEQUE, Paula Falcão. Convolução da recuperação judicial em falência: uma análise sob a luz da teoria do adimplemento judicial. *In*: LOBO, Fabíola Alburqueque; EHRHARDT JR., Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Boa-fé e sua Aplicação no Direito Brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 365.

Essa conclusão também é alcançada, como já demonstrado no capítulo anterior, pela concepção da teoria do adimplemento substancial como um instrumento de equanimidade das relações privadas. Como tal, ela também se presta a implementar razoabilidade e equilíbrio na aplicação dos efeitos do inadimplemento no âmbito recuperacional. Por conta disso, é inegável a sua compatibilidade com a legislação empresarial e com a natureza do rito da recuperação judicial (jurisdição voluntária), cuja aplicação respalda a superação da interpretação literal da legislação, para viabilizar os objetivos recuperacionais. Registre-se que isso ocorre sem acarretar um ativismo judicial ilimitado, tendo em vista a sua fundamentação principiológica e a previsão do art. 723, parágrafo único, o qual permite decisões com base na equidade²²⁰.

Nesse contexto, não restam dúvidas que tais decisões, no âmbito da jurisdição voluntária, podem afastar o cumprimento de dispositivos legais baseados na equidade, que aqui se prefere chamar de equanimidade, consoante prévio apontamento, permitindo a aplicação da teoria do adimplemento substancial no caso de descumprimento do plano de recuperação. Essa aplicação se fundamenta nos mesmos princípios que dão suporte à aplicação dessa teoria nos contratos em geral, tendo em vista a semelhante natureza contratual do plano de recuperação. Assim, além da viabilidade da recuperação no caso concreto, deve-se levar em conta a observação da função social do contrato (no caso, do plano de recuperação) e da boa-fé objetiva entre as partes, que já foram descritos no capítulo anterior. Nessa linha de raciocínio, admitindo a aplicação da teoria do adimplemento substancial por descumprimento do plano de recuperação, José Barros Correia Júnior e Paula Falcão afirmam:

Há que se levar em consideração a possibilidade de reversão da crise, o cumprimento da função social da avença posta no plano do equilíbrio negocial e da boa-fé das partes. Atualmente, a regra geral é a liberdade de iniciativa com base nos valores sociais, isto é, dentro dos limites previstos no ordenamento jurídico, buscando o equilíbrio entre os interesses individuais (defendidos pelo Estado Liberal) e os interesses sociais (postos pelo Estado Social em contraposição à atuação abusiva e exploratória dos liberais)²²¹.

²²⁰ Conforme já visto em capítulo anterior, entende-se aqui ser mais apropriado, em tais casos, o uso da noção jurídica de equanimidade. Entretanto, usa-se aqui a expressão equidade para ser fiel à doutrina em que se colheu tal entendimento, consoante se vê no trecho a seguir: “[...]o art. 723, parágrafo único, do CPC (LGL\ 2015\1656), permite que, no âmbito da jurisdição voluntária, o órgão judicial se afaste de critérios de legalidade estrita e decida com base em “**equidade**”; isto é, que dirija e julgue o processo de acordo com critérios de conveniência e oportunidade” (In: DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; BATISTA, F. V. A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para a estruturação do procedimento. **Revista de Processo**, v. 310, p. 237-262, 2020. p. 247.

²²¹ CORREIA JR., José Barros; ALBURQUEQUE, Paula Falcão. Convolução da recuperação judicial em falência: uma análise sob a luz da teoria do adimplemento judicial. In: LOBO, Fabíola Alburqueque; EHRHARDT JR., Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Boa-fé e sua Aplicação no Direito Brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 363

Nesse passo, os mesmos princípios que embasam a teoria do adimplemento substancial no âmbito do Direito Contratual também podem ser usados no Direito Empresarial, mormente, o da função social do contrato e o da boa-fé objetiva, que, aliados a princípios específicos da seara empresarial, como o da função social da empresa e o da sua preservação, conferem robusta fundamentação dessa teoria também na área recuperacional. Nesse sentido, Gladston Mamede afirma que, apesar das relações empresariais serem marcadas pela onerosidade, os seus negócios jurídicos também devem observar os princípios da função social, equilíbrio material e boa-fé objetiva²²².

Nesse passo, como os princípios da seara contratual/civil já foram debatidos no capítulo destinado a tratar da teoria do adimplemento substancial, resta descrever, ainda que brevemente, os princípios específicos da seara empresarial que dão sustentáculo à aplicação dessa teoria na seara recuperacional/empresarial, quais sejam, o princípio da função social da empresa e o da preservação da empresa.

Então, além do princípio da função social do contrato, no caso da recuperação judicial da empresa, pode-se também fazer menção ao princípio da função social da empresa, tendo em vista que têm conteúdos compatíveis e que se complementam, para fundamentar a aplicação da teoria do adimplemento substancial no caso em tela.

Por outro lado, também se pode mencionar o princípio da preservação dos contratos, que reforça os fundamentos de aplicação da teoria do adimplemento substancial, e o seu equivalente no Direito Empresarial, qual seja, o princípio de preservação da empresa, como mais um fundamento a justificar a adequação da aplicação da teoria ora defendida. Igualmente, embora não específico do direito empresarial, pode-se mencionar o princípio da equivalência material e da equanimidade, aplicado tanto nos contratos quanto no plano de recuperação da empresa, a fim de fundamentar o afastamento do desproporcional efeito de convalidação em falência em face de ínfimo descumprimento do plano, tendo em vista a já comentada função criativa judicial no processo de jurisdição voluntária.

Por fim, relembre-se, o princípio da boa-fé objetiva, que se irradia por todo Direito Civil, servindo de fundamento para aplicação da teoria do adimplemento substancial tanto no ramo contratual quanto no recuperacional. Assim, visa-se a evitar injustiças que seriam causadas por abusos ou vantagens excessivas consubstanciadas numa aplicação

²²² MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro**: falência e recuperação de empresas. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 5. p. 23-79.

desproporcional do Direito; como, fica claro, ocorreria na aplicação dos efeitos do descumprimento contratual ou do plano de recuperação em caso de irrisórios inadimplementos. Como já analisado, apesar de não estar expresso na Constituição Federal, tal princípio é considerado como se nela estivesse inserido, pois implicitamente derivado dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana.

Inclusive, é importante salientar: o princípio da boa-fé objetiva, cuja concepção alemã é a maior influência atual no Direito Civil brasileiro, tem origem na jurisprudência comercial alemã; sendo errônea a visão de que ele teve o ponto de partida no Direito Civil. Tal confusão ocorre tendo em vista que, pouco tempo depois da entrada em vigor do Código Civil Alemão (BGB), em 1900, viu-se proliferar diversas decisões com base no princípio da boa-fé objetiva. Contudo, consoante Menezes Cordeiro, essa difusão da boa-fé objetiva logo após a entrada em vigor do BGB é apenas aparente, uma vez que, “para além de todo um complexo de contributos culturais e científicos que confluíram nesse sucesso, assistiu-se apenas a uma continuidade de práticas judiciais assentes numa experiência extensa: a da jurisprudência comercial alemã”²²³. Também nesse sentido, Judith Martins-Costa afirma que:

A codificação alemã, mais jovem, por quase um século, em relação à francesa, foi precedida de uma diversa bagagem doutrinária, e de um diverso modo de formulação do raciocínio jurídico. Por igual, a boa-fé no direito das obrigações não parte, na Alemanha, nem da doutrina nem do Código, mas da prática comercial²²⁴.

Dessa forma, até pela influência de sua origem na prática comercial alemã – que é a principal influência da concepção brasileira da boa-fé objetiva no Código Civil – e também por constar do próprio Código Comercial brasileiro de 1850²²⁵, mostrando sua origem também no direito comercial brasileiro, não há, pois, como se opor qualquer objeção, normativa ou doutrinária, à aplicação de tal princípio também na seara empresarial/comercial brasileira.

Por fim, relembre-se que tal princípio já foi devidamente tratado em capítulo específico sobre a teoria do adimplemento, de modo que se mostra improdutivo repetir aqui os mesmos argumentos, passando-se, portanto, a tratar apenas dos princípios específicos de

²²³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 315.

²²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 207

²²⁵ Art. 131. Sendo necessario interpretar as clausulas do contracto, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. A intelligencia simples e adequada, que for mais **conforme á boa fé**, e ao verdadeiro espirito e natureza do contracto, deverá sempre prevalecer á rigorosa e restricta significação das palavras; [...] (grifo nosso)

Direito Empresarial, que fundamentam a teoria do adimplemento substancial na seara recuperacional.

3.2. PRINCÍPIOS DE DIREITO EMPRESARIAL QUE EMBASAM A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO

3.2.1. O Princípio da Função Social da Empresa no Direito Brasileiro

Eduardo Tomasvicius expõe que o “conceito de função teria sido formulado pela primeira vez por São Tomás de Aquino, quando afirmou que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar”²²⁶.

Por outro lado, segundo Fábio Konder Comparato, o termo função advém do substantivo *function*, que seria oriundo do verbo *depoente fungor*, cujo significado primordial seria cumprir algum objetivo ou exercer um dever ou tarefa. Assim, continuando o seu raciocínio, esse autor aduz que:

Na análise institucional do Direito, que corresponde de certa forma ao funcionalismo sociológico de E. Durkheim, Bronislaw Malinowski e A. R. Radcliffe-Brown, usa-se do termo função para designar a finalidade legal de um instituto jurídico, ou seja, o bem ou valor em razão do qual existe, segundo a lei, esse conjunto estruturado de normas²²⁷.

Karl Renner, seguidor de uma corrente marxista do instituto, afirmava que a função social de uma figura jurídica seria correspondente à imagem da função econômica dessa mesma figura jurídica, de modo que “alterado o domínio econômico, imediatamente se conformaria a imagem respectiva no direito a essa nova realidade”²²⁸. Para o referido autor, a função social da empresa se mesclaria com sua função econômica, qual seja, produzir riquezas, o que se mostraria equivocado, tendo em vista a possibilidade de uma propriedade improdutiva não ter função social, mas manter a função econômica de preservação de valor, por exemplo.

²²⁶ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 92, p. 33-50, abr. 2003, p. 34.

²²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, Empresa e Função Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 40-41.

²²⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função Social da Empresa. **Revista dos Tribunais 100 anos – Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, volume II, Arnoldo Wald (org.), Revista dos Tribunais, 2010, p. 101/124. p. 103.

Em outro vértice, Léon Duguit argumentava que a função social tinha como finalidade extinguir o direito subjetivo, pois este apenas protegia interesses individualistas e não se preocupava com o exercício legítimo de institutos como o da propriedade²²⁹. Contudo, tal abordagem acarreta excessiva supressão dos direitos individuais, sendo considerada radical e não coerente com a necessária diferenciação entre o conceito de um direito e a subordinação de um bem, o que seria vital ao se referir a determinadas espécies de bens, sem falar o obstáculo à disposição de deveres positivos inerentes à função social²³⁰.

Dessas concepções diametralmente opostas, surgiu uma solução dialética, procurando equilibrá-las por meio de uma conjugação do binômio conceitual de direito subjetivo com a noção de dever jurídico da função social da empresa, delineando-a como um poder-dever, conforme se pode inferir da seguinte lição de Fábio Konder Comparato:

Se analisarmos mais de perto esse conceito abstrato de função, em suas múltiplas espécies, veremos que o escopo perseguido pelo agente é sempre o interesse alheio, e não o próprio do titular do poder. O desenvolvimento da atividade é, portanto, um dever, mais exatamente, um poder-dever; e isto, não no sentido negativo, de respeito a certos limites estabelecidos em lei para o exercício da atividade, mas na acepção positiva, de algo que deve ser feito ou cumprido²³¹.

Assim, mostra-se viável a conciliação da ideia de função social à atividade empresarial, pois, ainda que esta última esteja nos alicerces do atual modelo socioeconômico e seja essencial para o seu desenvolvimento, o condicionamento de seus excessos pela função social visa a que ela evolua de maneira harmônica e sustentável. Nessa linha, pode-se dizer que:

esse fenômeno da funcionalização da propriedade e dos demais institutos jurídicos reflete, objetivamente, a necessidade de condicionamento do exercício dos respectivos direitos aos interesses maiores da sociedade, e a grande questão que se coloca é justamente aquela de definir em que consistiriam esses interesses²³².

Também no mesmo diapasão, Ana Frazão esclarece que a função social não tem o escopo de substituir a livre iniciativa ou mesmo coibir a renovação empresarial. A sua

²²⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função Social da Empresa. **Revista dos Tribunais 100 anos – Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, volume II, Arnaldo Wald (org.), Revista dos Tribunais, 2010, p. 101/124. p. 103.

²³⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função Social da Empresa. **Revista dos Tribunais 100 anos – Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, volume II, Arnaldo Wald (org.), Revista dos Tribunais, 2010, p. 101/124. p. 103.

²³¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, Empresa e Função Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 41.

²³² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função Social da Empresa. **Revista dos Tribunais 100 anos – Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, volume II, Arnaldo Wald (org.), Revista dos Tribunais, 2010, p. 101/124. p. 104.

finalidade é o de garantir que “o projeto do empresário seja compatível com o igual direito de todos os membros da sociedade de também realizarem os seus projetos de vida”²³³.

A função social da empresa, nas palavras de Elcio Rezende e Floriano Neto, impõe que “o empresário não deve voltar seus objetivos ao resultado positivo (lucro) a qualquer custo, internalizando os ganhos e externalizando o custo social, pois tal postura gera um desequilíbrio na relação econômica entre a empresa e a sociedade na qual está inserida”²³⁴.

Assim, conclui-se que, se de um lado é verdade que a Constituição Federal estabelece a livre iniciativa como elemento fundante da ordem econômica – conforme expressamente disposto no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal, garantindo-se assim a proteção da atividade privada empresarial em nosso ordenamento jurídico –, mas não menos verdade é que esta atividade fica condicionada ao respeito aos parâmetros constitucionais para seu exercício. Como forma de determinar um conceito mínimo de função social da empresa “alguns autores se referem ao art. 170 da CF/1988, cujos *caput* e incisos atuariam como norteadores nesse quesito”²³⁵. Também nessa linha de raciocínio, Ana Frazão aduz que:

Consequentemente, o fim da empresa passa a ser o de proporcionar benefícios para todos os envolvidos com tal atividade (sócios, empregados e colaboradores) e também para a coletividade, como é o caso dos consumidores e dos demais cidadãos. Não é sem razão a atuação considerável do legislador nos assuntos descritos no art. 170 da Constituição, buscando concretizar vários destes princípios por meio de uma regulação jurídica específica²³⁶.

Por outro lado, tendo em vista que a empresa está alicerçada num tripé conceitual que envolve empresário, atividade econômica e estabelecimento, muitos apontam que a função social da empresa também estaria baseada no conceito de função social da propriedade. De fato, o estabelecimento nada mais é que a propriedade no seu sentido dinâmico, ou seja, o patrimônio utilizado pelo empresário para o exercício da atividade empresarial. Sobre a visão

²³³ FRAZÃO, Ana. Função social do direito. São Paulo: Quartier Latin, 2009. **A função social da empresa na Constituição de 1988**. In: VIEGAS, Frederico. (Org.). Direito Civil Contemporâneo. 2009. p. 22.

²³⁴ REZENDE, Elcio Nacur; FLORIANO NETO, Alex. Responsabilidade civil ambiental da empresa diante das tragédias ambientais decorrentes do rompimento de barragens: uma análise à luz dos princípios da função social e da preservação da empresa. **Revista Húmus**. UFMA, v. 9, n. 25, 2019. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/issue/view/527>. Acesso em: 03 nov. 2019. p. 303-304.

²³⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função Social da Empresa. **Revista dos Tribunais 100 anos – Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, volume II, Arnoldo Wald (org.), Revista dos Tribunais, 2010, p. 101/124. p. 104.

²³⁶ FRAZÃO, Ana. Função social do direito. São Paulo: Quartier Latin, 2009; **A função social da empresa na Constituição de 1988**. In: VIEGAS, Frederico. (Org.). Direito Civil Contemporâneo. 2009. p. 23.

da função da empresa como corolário da função social da propriedade, Calixto Salomão Filho leciona:

A ideia de função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (artigo 170, inciso III). Estendida à empresa, a ideia de função social da empresa é talvez uma das noções de mais relevante influência prática e legislativa no direito brasileiro. É o principal princípio norteador da 'regulamentação externa' dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como o direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental. Em todos eles é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa. Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característico, a distingui-la da aplicação do princípio geral *neminem laedere*. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais²³⁷.

No mesmo sentido, José Barros Correia Júnior afirma que, sob o ponto de vista dinâmico, a função social da propriedade é também aquela designada aos bens de produção. Por conta do exercício da empresa ser titularizado pelo empresário, seja ele um sujeito de direito personificado ou não, é que ela acaba sendo constatada. Isso ocorre em função da empresa ser uma atividade voltada ao lucro por meio de uma produção organizada e massificada, sendo o mais importante meio de dominação econômica. Assim, “da função social da propriedade dos bens de produção acaba por ser fato a função social da empresa, efetivada pelas pessoas que a exercem, bem como pelo próprio poder econômico”²³⁸.

De toda forma, ainda que de maneira sucinta, é preciso deixar clara a distinção entre a função social da empresa e a da propriedade. Enquanto esta tem expressa disposição constitucional e se liga a todas disposições relacionadas à propriedade, aquela é considerada um princípio constitucional implícito. Como acima colocado, ela tem por baliza de seu conteúdo, além do próprio princípio da função social da propriedade, o previsto no artigo 170 da Constituição, o qual, ainda que com aquela tenha pontos conexos, guarda outros aspectos específicos da empresa, como os referentes à garantia do pleno emprego, por exemplo. Outra distinção importante é aquela referente à função social e à responsabilidade social da empresa. Enquanto esta tem como premissa uma ação voluntária do empresário em adotar condutas que interessam e resguardam toda sociedade, a função social é de observância compulsória, por ser decorrente de imposição legal.

²³⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. Eficácia E Sustentabilidade. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 132-133.

²³⁸ CORREIA JUNIOR, José Barros **A Função Social e a Responsabilidade Social da Empresa Perante os stakeholders**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 96.

Por outro lado, a função social da empresa também está prevista em diversos dispositivos de natureza infraconstitucional, como, por exemplo, nos arts. 116 e 154 da Lei nº 6.404/1976, que trata das sociedades por ações, e também, especialmente, no tocante aos objetivos do presente trabalho, no art. 47 da Lei 11.101/2005²³⁹.

Portanto, inegável que a função social da empresa, princípio de origem constitucional e previsto na própria legislação recuperacional, serve para embasar a introdução da teoria do adimplemento substancial nessa seara. É que esse princípio privilegia a preservação da empresa cuja sua função social e viabilidade econômico-financeira estão mantidas. Por conta de tal princípio e com base na teoria do adimplemento substancial, não se pode considerar justificativa legal plausível, não obstante a previsão expressa constante do art. 73 da Lei 11.101/2005, que um inadimplemento irrisório justifique a decretação da falência da empresa.

Da mesma forma que o princípio da função social do contrato serve para justificar a aplicação da teoria do adimplemento substancial, a fim de se evitar a desproporcional resolução contratual pelo inadimplemento ínfimo, também a função social da empresa serve de sustentáculo principiológico de tal teoria no âmbito recuperacional. Com esse entendimento, evita-se uma agressão à ordem jurídica e aos objetivos fundamentais da lei recuperacional, que seria causada pelo exagerado rigor na penalização de um descumprimento mínimo e irrelevante do plano de recuperação.

Por fim, cumpre salientar que o princípio da função social da empresa é também a fonte de outros princípios do direito empresarial²⁴⁰, que também embasam a aplicação da teoria do adimplemento substancial no caso de descumprimento do plano, como é o caso do princípio da preservação da empresa, que será tratado na seção a seguir.

3.2.2. O Princípio da Preservação da Empresa e a Lei nº 11.101/2005

²³⁹ “Art. 47. 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.” (grifo nosso)

²⁴⁰ Nesse sentido, vide o seguinte ensinamento de José Barros Correia Júnior, que, ao tratar da função social, explica que dela surgem “outros princípios, a saber, **preservação da empresa**, recuperação da empresa recuperável, proteção aos trabalhadores, redução do custo do crédito no país, desburocratização e menor onerosidade às pequenas empresas” (grifo nosso). (In: CORREIA JUNIOR, José Barros **A Função Social e a Responsabilidade Social da Empresa Perante os stakeholders**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 115.

O princípio da preservação da empresa tem estreita correlação com a sua função social, apontando-se aquele como corolário desta última. Tal princípio irradia no ordenamento jurídico, basicamente, o entendimento de que se deve proteger juridicamente a manutenção da atividade empresarial, tendo em vista que a importância desta vai além da mera questão do lucro de seu titular, mas se relaciona com diversos outros interesses sociais. Daí porque a sua preservação não está ligada apenas à esfera de interesse individual do respectivo empresário, mas à de toda a sociedade, de modo que ela deve ser resguardada pelo ordenamento jurídico.

O reconhecimento da função social da empresa e do princípio da preservação foi reforçado a partir da constitucionalização do direito privado, que, para além do aspecto econômico da atividade, deu uma concepção social ao conceito da empresa. Essa perspectiva conceitual também exerceu influência na legislação da recuperação de empresas, a qual, além do objetivo de recuperação econômico-financeiro, também tem o viés 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 [...] atendendo ao cânone constitucional inscrito no artigo 3º, II e III, que definem como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais [...]

É nesse quadro normativo constitucional que se entende que o princípio da preservação da empresa foi acolhido pela Lei nº 11.101/2005. Esse princípio, segundo Alexandre Lazzarini, daria uma nova característica à empresa, deslocando-a de uma condição meramente vinculada aos interesses de seus proprietários, para erguê-la ao âmbito do interesse público, de modo que ela passou a ser tratada como instituição e não mais uma relação de natureza contratual. Nesse sentido, Lazzarini diz que ela deixou de ter a exclusiva dependência da vontade dos sócios para, no caso, passar a atender outros interesses (a função social, os empregados, os credores, etc.) que se sobrepõem ao interesse dos sócios²⁴¹.

A Lei nº 11.101/2005 estabeleceu diversos meios para preservar a empresa, permitindo que o devedor apresentasse um plano de reestruturação da empresa e flexibilizando as amarras legais existentes, para criar condições mais favoráveis para o pagamento das suas dívidas. Entretanto, a prática judiciária tem mostrado que, muitas vezes, a própria Lei nº 11.101/2005 conflita com o princípio da preservação da empresa. Em tais situações, a jurisprudência, muitas vezes, tem privilegiado o entendimento de superação da interpretação literal dos

²⁴¹ LAZZARINI, Alexandre A. Reflexões sobre a recuperação judicial de empresas. In: DE LUCCA, N.; DOMINGUES, A. de A.; ANTONIO, N. M. L. (Org.). **Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. cap. 3, p. 123-136, p. 124.

dispositivos constantes daquele diploma legal, a fim de conferir maior efetividade aos objetivos recuperacionais, de modo a preservar a empresa.

É o que ocorre, por exemplo, em conhecido entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, que, colocando o princípio da preservação da empresa como a bússola do processo de recuperação judicial, dispensou a exibição de certidões negativas tributárias para a concessão da recuperação judicial, apesar de tal exigência decorrer da disposição literal constante no art. 57 da Lei 11.101/2005²⁴².

Outro caso de afastamento da disposição literal por decisão judicial é aquele em que foi prorrogado o prazo de suspensão dos processos, a despeito do art. 6º, §4º, da Lei 11.101/2005 prever que esse prazo é improrrogável. Também nesse caso foi usado o princípio da preservação da empresa, para dar essa interpretação conflitante com a lei, de acordo com as peculiaridades do caso concreto²⁴³.

Igualmente, pode-se mencionar outro exemplo de aplicação do princípio da preservação da empresa para afastar disposição literal da legislação recuperacional, consistente na relativização do quórum alternativo previsto no art. 58, §1º, da LREF, o que se vê no trecho da decisão judicial abaixo transcrito:

A questão principal está em definir se, para fins de aprovação do plano de recuperação pelo magistrado, nos termos do art. 58, § 1º, da LREF, pode haver mitigação de algum dos requisitos da norma, especialmente porque, no caso, houve aprovação do plano apenas por um terço dos credores com garantia real.” [...] “6. Na hipótese ora em exame, tanto o magistrado de piso como o Tribunal a quo, apesar de reconhecerem o não preenchimento, de forma integral, dos requisitos definidos na norma para fins do cram down – mais precisamente do inciso III do § 1º do art. 58 da LREF –, ambos entenderam pela possibilidade de concessão da recuperação judicial.” [...] “De fato, a manutenção de empresa ainda recuperável deve-se sobrepor aos interesses de um ou poucos credores divergentes, ainda mais quando sem amparo de fundamento plausível, deixando a realidade se limitar à fria análise de um quórum alternativo, com critério complexo de funcionamento, em detrimento da efetiva possibilidade de recuperação da empresa e, pior, com prejuízos aos demais credores favoráveis ao plano²⁴⁴.

Como se vê, tais decisões são fruto da já explicitada atividade criativa judicial, fundamentada no parágrafo único do art. 723 do CPC, o qual permite o afastamento da interpretação literal dos dispositivos, para proferir decisão equânime que se alinhe aos objetivos recuperacionais no caso concreto. Nesse sentido, explicando tal criatividade judicial

²⁴² BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1187404/MT**. Corte Especial. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Julgamento em: 07 out 2013. DJe: 11 out 2013.

²⁴³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgInt no AREsp 1356729/PR**. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgamento em: 07 out 2019.. DJe: 11 out 2019.

²⁴⁴ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1337989/SP**. Quarta Turma. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Julgamento em: 08 mai 2018. DJe: 04 jun 2018.

como forma de dar vazão a princípios como o da preservação da empresa, veja-se o seguinte excerto:

A doutrina também percebeu o aspecto criativo da jurisdição prestada no âmbito da recuperação judicial, deixando claro que tal modalidade de processo é aberta a uma atuação mais ativa do órgão judicial. De acordo com o entendimento corrente, o órgão julgador deve adaptar o desenvolvimento do processo ao caso concreto; isto é, fugir à “singela leitura dos artigos de lei” e dar vazão a princípios como o da preservação da empresa, que, como visto, é invocado constantemente como razão de afastamento de regras advindas da leitura estrita do texto de lei²⁴⁵.

Este é justamente o caso da aplicação da teoria do adimplemento substancial em face do descumprimento do plano de recuperação judicial, que pode servir de fundamentação jurídica válida para afastar a aplicação literal do art. 61, §1º, combinado com o art. 73, inciso IV, da Lei 11.101/2005, razão pela qual impõe-se a admissão de sua incidência no direito recuperacional brasileiro. Ressalte-se também que, pelos mesmos fundamentos aqui apresentados, não há qualquer óbice à aplicação da teoria do adimplemento substancial aos casos do art. 62 c/c art. 94, III, g, da Lei nº 11.101/2005²⁴⁶, que também falam de casos de convalidação em falência por conta de descumprimento do plano de recuperação judicial.

Portanto, reconhecida a compatibilidade da aplicação da teoria do adimplemento substancial no âmbito recuperacional com o sistema jurídico pátrio, resta discorrer sobre os seus específicos critérios de aplicação.

3.3. CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NA SEARA RECUPERACIONAL: PECULIARIDADES DO CASO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A caracterização do adimplemento substancial no caso concreto já foi alvo de divergências na doutrina e jurisprudência, razão pela qual foram desenvolvidos diversos critérios para balizar a sua correta incidência, os quais, ainda que não ofereçam uma resposta

²⁴⁵ DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; BATISTA, F. V. A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para a estruturação do procedimento. **Revista de Processo**, v. 310, p. 237-262, 2020. p. 247.

²⁴⁶ Art. 62. Após o período previsto no art. 61 desta Lei, no caso de descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação judicial, qualquer credor poderá requerer a execução específica ou a falência com base no art. 94 desta Lei.

[...]

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

[...]

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

[...]

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.[...]

exauriente, constituem verdadeiro norte para sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Tais critérios já foram debatidos no capítulo específico sobre a teoria do adimplemento substancial, não sendo necessário repetir os mesmos apontamentos aqui. É que o descumprimento do plano de recuperação deve ser encarado na mesma perspectiva do inadimplemento contratual, de modo que os mesmos critérios para aplicação da teoria do adimplemento substancial servem para ambos os casos.

Contudo, o fato de haver coincidência nos critérios, não significa que, com o enfoque no plano de recuperação judicial, não haja peculiaridades na forma como eles devem ser examinados. Isso porque esse plano de recuperação tem característica específica, o que deve ser levado em conta quando da análise de tais particularidades. É o que se passa a fazer, sem haver, contudo, a pretensão de exaurimento do assunto, até por se tratar de perspectiva pouco desenvolvida no mundo jurídico brasileiro.

Nesta dissertação, a natureza jurídica do plano de recuperação judicial da empresa já foi devidamente apontada como contratual, sendo, portanto, um negócio jurídico que pode ser classificado: a) no aspecto quantitativo como complexo; b) no aspecto subjetivo como bilateral e c) por fim, em relação ao vínculo com o direito material ou processual, como misto. A influência de cada aspecto dessa classificação pode servir para indicar como as já definidas balizas quantitativas e qualitativas devem ser avaliadas no caso concreto de inadimplemento do plano de recuperação.

Sob a perspectiva do plano de recuperação jurídica como um negócio jurídico complexo, as balizas quantitativas e qualitativas da teoria do adimplemento substancial não devem ser usadas para cada negócio de maneira individual. Apesar do plano de recuperação ser composto de diversos negócios jurídicos, ele deve ser examinado sob o seu viés unitário. Assim, quando da análise do quanto foi cumprido, não se deve ter em vista negócio jurídico específico, mas ser feita uma avaliação global. Ainda sobre essa visão unitária do plano, pode examiná-lo num panorama estático (o plano como um todo) ou dinâmico (cada fase de cumprimento do plano).

Por outro lado, em função da natureza bilateral do plano de recuperação, deve-se ter em mente que a principal causa²⁴⁷ do acordo é a recuperação da empresa e a consequente

²⁴⁷ Quando do debate da baliza qualitativa em relação à causa, em capítulo anterior, estabeleceu-se dois significados para o termo. Usa-se aqui o sentido de motivo que justificou a celebração do acordo. Como já visto, o objetivo principal de ajuste do plano de recuperação é viabilizar a recuperação da empresa.

melhor condição de pagamento dos credores, em comparação com a situação da falência. Dessa forma, ainda que o plano de recuperação tenha sido quase todo cumprido, quando for possível verificar, *prima facie*, que a empresa não tem mais viabilidade econômico-financeira, qualquer descumprimento, ainda que mínimo, deve acarretar a convalidação da recuperação judicial em falência.

Em relação à classificação do plano de recuperação como de natureza mista (material e processual), cumpre salientar que a teoria do adimplemento substancial tem aplicação originariamente vinculada ao direito material. Ainda que se possa fazer uma interpretação extensiva para aplicá-la nos negócios jurídicos processuais, observa-se que as suas balizas foram feitas, preponderantemente, levando em conta apenas a perspectiva do direito material.

Por conta disso, entende-se que, *a priori*, a teoria do adimplemento substancial deve levar em conta, primordialmente, os negócios jurídicos integrantes do plano de recuperação que tenham natureza de direito material. No caso de possíveis negócios jurídicos processuais, outras soluções na teoria geral do processo devem ser encontradas, para superar eventuais obstáculos para a viabilização do plano de recuperação. É o caso, por exemplo, de um negócio jurídico processual que estabeleça a forma de um ato a ser praticado durante a recuperação judicial. Caso esta forma não seja respeitada, mas for constatada que a sua finalidade foi alcançada, pode-se superar tal descumprimento, não com o uso da teoria do adimplemento substancial, mas sim, mais apropriadamente, com o princípio da instrumentalidade das formas, por exemplo.

Por fim, cumpre-se salientar que outras balizas da teoria do adimplemento substancial podem ser encontradas para examinar o descumprimento irrisório do plano. É o caso, a título exemplificativo, do descumprimento de algum negócio jurídico considerado fundamental no contexto do plano ou de as próprias partes assim o terem definido previamente no próprio plano. Tais critérios, contudo, não diferem, em essência, dos que já foram devidamente examinados no capítulo específico da teoria do adimplemento, razão pela qual a ele se remete. De toda forma, impõe-se salientar, uma vez mais, que tais critérios apontados não são exaurientes, tendo em vista o constante avanço da doutrina no seu desenvolvimento. Feito esse pequeno esboço de peculiaridades dos critérios de aplicação da citada teoria no bojo da recuperação judicial, cumpre realizar breves registros sobre possíveis objeções à sua aplicação no âmbito recuperacional.

3.4. POSSÍVEIS OBJEÇÕES À APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL À RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO

Grande parte das objeções que podem ser feitas à aplicação desta teoria já foram examinadas, quando do debate da natureza jurídica do plano de recuperação da empresa e da própria fundamentação da sua introdução e critérios de aplicação no direito brasileiro.

Nesse sentido, há quem diga que o plano de recuperação não teria natureza contratual, o que inviabilizaria a aplicação da teoria, tendo em vista que ela é primordialmente voltada a incidir em contratos ou assemelhados. Contudo, isso já foi vencido quando do exame da natureza jurídica do plano de recuperação, em que sua natureza contratual foi destacada, de modo que se torna redundante repetir aqui os referidos argumentos. Da mesma forma, os argumentos sobre a impossibilidade de sua aplicação no direito brasileiro, seja por incompatibilidade de fundamentos ou por lacuna de critérios para a sua aplicação, já foram devidamente tratados em capítulo específico.

Resta discutir duas eventuais objeções específicas da aplicação da teoria do adimplemento substancial no âmbito recuperacional, sob a ótica da possível ofensa ao princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, como primeira objeção, pode-se dizer que a sua aplicação teria por fundamento um indevido e ilimitado ativismo judicial, tendo em vista ausência de previsão legal de tal teoria e que, na verdade, ela estaria violando frontalmente o conteúdo literal dos dispositivos do artigo 73, inciso IV, combinado com o artigo 61, §1º, ambos da Lei 11.101/2005 ou do art. 62 c/c art. 94, III, g, da Lei nº 11.101/2005.

Crítica ao suposto ativismo judicial ilimitado na aplicação da teoria do adimplemento substancial na recuperação judicial.

Como já visto, o afastamento da aplicação de tais dispositivos legais tem como base o permissivo criado pela disposição do art. 723, parágrafo único, do CPC, o qual dá ensejo ao que a doutrina denomina “função criativa da jurisdição estatal”²⁴⁸, ou seja, a aplicação do direito com base na equidade ao caso concreto – que aqui se prefere denominar equanimidade²⁴⁹. Isso se dá tendo em vista a concepção da recuperação judicial como uma ação de jurisdição voluntária.

²⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1. p. 225-226.

²⁴⁹ Sobre isso, vide capítulo específico desta dissertação que trata da teoria do adimplemento substancial como instrumento de equanimidade.

Contudo, admitir a criatividade judicial não significa autorizar o voluntarismo judicial, mas sim reconhecer a aplicação principiológica amplamente fundamentada no ordenamento jurídico, baseada numa ideia de equanimidade ao caso concreto. Isso evidentemente cria um ônus maior ao julgador que aquele derivado da mera aplicação legal, pois lhe submete a um dever adicional de fundamentação. Nessa linha de argumentação, ao tratar da referida aplicação da equidade no âmbito da recuperação judicial, veja-se o seguinte posicionamento:

Não há, contudo, uma liberdade criativa ampla. Assim como ocorre na jurisdição voluntária em geral, a abertura do processo aos influxos advindos dos princípios jurídicos impõe ao órgão judicial um dever adicional de fundamentação. Há que se observar, portanto, o que estabelece o art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC (LGL\2015\1656), notadamente o dever de justificar o eventual afastamento de regra que, no caso prático, entre em conflito concreto com a concretização de determinado princípio²⁵⁰.

Nesse contexto, observa-se que a teoria do adimplemento substancial na recuperação judicial não importa amplo e ilimitado ativismo judicial, mas, ao contrário, a sua aplicação cumpre com o devido ônus de fundamentação pelo julgador, que, além de se externar por sólida base principiológica, fica limitada pelos critérios de balizamento da referida teoria.

Na prática, observa-se que muitos julgadores deixam de determinar a convolação da recuperação em falência apenas por considerar que seria irrazoável e desproporcional no caso concreto. Em alguns casos, essas decisões são tomadas, entretanto, sem o devido embasamento que a aplicação equitativa do direito exige, restringindo-se, frequentemente, à citação abstrata de princípios para legitimar a sua posição.

A teoria do adimplemento substancial, além de conferir maior segurança jurídica na análise do caso concreto, possibilita também, inclusive, que as partes exerçam uma maior averiguação da decisão judicial, haja vista os limites para a proposição de tal teoria, consubstanciados nos critérios de sua aplicação. Assim, ao fornecer amplo repertório jurídico argumentativo para análise de caso concreto, fica evidente a necessidade de tal teoria para o exame do descumprimento irrisório do plano de recuperação. Isso facilita, inclusive, o trabalho do julgador, na medida em que lhe confere critérios prévios para nortear a sua decisão, assim como serve de instrumento de fiscalização do ato decisório pelas partes, na medida em que lhes provê argumentação jurídica, hábil para questionar eventual indevido ativismo jurídico no caso concreto.

Por outro lado, independentemente da previsão do art. 723, parágrafo único, do CPC, cumprе salientar que a aplicação da teoria do adimplemento substancial decorre também de

²⁵⁰ DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; BATISTA, F. V. A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para a estruturação do procedimento. **Revista de Processo**, v. 310, p. 237-262, 2020. p. 248.

uma visão principiológica fundamentada no fenômeno da constitucionalização do direito privado brasileiro.

A Constitucionalização do Direito Civil implicou um enfoque social sobre o direito privado, afastando-se da perspectiva individualista do direito civil oitocentista, consoante ensina Paulo Lôbo, *in verbis*:

O conteúdo conceptual, a natureza, as finalidades dos institutos básicos do direito civil, nomeadamente a família, a propriedade e o contrato, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista, cujos traços marcantes persistem na legislação civil. As funções do Código esmaeceram-se, tornando-o obstáculo à compreensão do direito civil atual e de seu real destinatário; sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas as vicissitudes, a pessoa humana. Despontam a afetividade, como valor essencial da família; a função social, como conteúdo e não penas como limite, da propriedade, nas dimensões variadas; o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco, no contrato²⁵¹.

É bem verdade que esse enfoque do constitucionalismo no direito privado não passou incólume às críticas. Nesse sentido, juristas como Lênio Streck apontam o surgimento do problema da “principlatria”, dando azo à descontrolada proliferação de princípios, de modo a fragilizar a segurança jurídica com uma discricionariedade judicial abusiva²⁵².

Também na mesma linha, Otavio Luiz Rodrigues Júnior proferiu contundentes críticas a essa flexibilização nas interpretações de princípios constitucionais e os decorrentes problemas de caráter epistemológicos, como a falta de rigor e coerência de doutrinadores e, até mesmo, a renúncia precipitada às soluções que o próprio direito privado tem a oferecer. Nesse sentido, apontou o risco da perda da capacidade humana para regular de maneira autônoma e responsável a própria vida, limitado não por um Estado todo-poderoso e ditatorial, “mas pelo Estado excessivamente protetivo, que acostuma os homens com a sua mão bondosa, quando, na verdade, os escraviza em uma gaiola de ouro”²⁵³.

Entretanto, a aplicação da teoria do adimplemento substancial, em verdade, decorre justamente da aplicação rigorosa e coerente do Direito ao caso concreto, fundamentada em princípios constitucionais, que, longe de afastar as soluções que o direito privado oferece, serve justamente para reforçar a aplicação no caso concreto da centenária teoria do

²⁵¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, jan/mar. 1999, p. 99-109. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 28 out 2020.

²⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 475-496.

²⁵³ RODRIGUES JR, O. L. Estatuto epistemológico do Direito Civil Contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista O Direito**, a.11, n.143, pp.43-66, p. 66.

adimplemento substancial, cuja origem remonta ao próprio direito civil. Na realidade, a constitucionalização do Direito Civil fortalece-o, na medida em que ressignifica seus institutos, adaptando-os à natural evolução social e conferindo categorias de interpretação da norma constitucional, sem deixar os civilistas à mercê de conceitos construídos por constitucionalistas.²⁵⁴ Nesse sentido, Fachin e Pianovisk ensinam que o fenômeno jurídico da constitucionalização do Direito Civil não suplanta a sua autonomia, aduzindo que:

A Constituição é, assim, uma regra maior, que de há muito deixa de ser morada exclusiva das regras e princípios de Direito Público. Os Direitos Fundamentais deixam de ser reputados apenas como direitos exercidos pelo indivíduo frente ao Estado, mas passam a ser *leitmotiv* das relações entre pessoas concretas. Essas relações constituem o objeto do Direito Privado e, mais especificamente, no que tange à proposta deste estudo, do Direito Civil²⁵⁵.

Nesse diapasão, pode-se citar que a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial na seara recuperacional tem, por exemplo, base no princípio constitucional da boa-fé objetiva, o qual, além de ter fundamento no Código Civil, também é corolário do princípio constitucional da solidariedade social, conforme já levantado, afastando as normas infraconstitucionais que com tal princípio sejam incompatíveis.

Não há, portanto, que se falar em ativismo ilimitado do Judiciário ao aplicar a teoria do adimplemento substancial, uma vez que, além de sua aplicação ser viabilizada pelos termos do art. 723, parágrafo único do CPC, que permite a aplicação equitativa do direito ao caso concreto, ela também se legitima pela visão constitucionalizada do direito privado, tendo em vista o seu direto embasamento em princípios da Constituição brasileira.

3.5. CRÍTICA À POSSÍVEL PROCRASTINAÇÃO INDEVIDA DA CONVOLAÇÃO EM FALÊNCIA DE EMPRESAS INVIÁVEIS COM O USO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Outra possível objeção à aplicação da teoria do adimplemento substancial – no caso de descumprimento ao plano de recuperação da empresa – é a alegação de que isso pode levar a uma indevida procrastinação da decretação de falência da empresa, beneficiando somente os

²⁵⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; et. all. **Direito Civil Constitucional – A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 20.

²⁵⁵ FACHIN, Luiz Edson.; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 9, n. 35, p. 101-119, jul./set. 2008, p. 109.

que levianamente pleiteiam tal adiamento e prejudicando aqueles que aderiram ao plano de boa-fé.

Crítica parecida já foi feita em relação ao impedimento da convalidação em falência com lastro na aplicação indevida do princípio da preservação da empresa, advertindo-se que este “não poderá ser invocado sempre e ilimitadamente como deus *ex machina* a evitar a falência”²⁵⁶. Nesse sentido, veja-se o seguinte precedente judicial, que argumenta que o:

princípio da preservação da empresa, pedra angular da Lei 11.101/2005, que decorre do princípio constitucional da função social da propriedade e dos meios de produção, denominado pela doutrina de 'função social da empresa, **não pode ser invocado para justificar de forma ampla, abstrata e ilimitada, a manutenção da empresa que, em recuperação judicial, ostensivamente não cumpre as obrigações assumidas no plano de recuperação judicial**. Verificado o inadimplemento das obrigações pactuadas no plano de recuperação que se vencerem no biênio da supervisão judicial, o juiz, de ofício, deverá convocar a recuperação judicial em falência, independentemente de provocação dos credores, do administrador judicial ou do comitê de credores²⁵⁷. (grifo nosso)

Com efeito, a decretação da falência não deve ser evitada a todo custo e nem deve ser vista como um mal em si. O encerramento das empresas inviáveis faz parte dos ciclos econômicos porque passa à sociedade e permite a sua evolução. Isso proporciona o aparecimento de novas empresas, que ocupam as lacunas deixadas pelas empresas falidas, fazendo com que a mão-de-obra, recursos financeiros e espaço no mercado consumidor sejam melhor utilizados por outros atores do mercado. Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho afirma que:

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 capacidade de produzir riqueza. Assim, 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 se prejudiquem aplicação dos princípios para balizar decisões jurídicas²⁵⁸.

Contudo, o propósito da teoria do adimplemento substancial não é o de evitar a todo custo a decretação da falência. Essa teoria, se bem aplicada, jamais deve servir para procrastinação indevida da recuperação judicial, uma vez que seus critérios de aplicação, além de estarem pautados na constatação da boa-fé objetiva das partes, pressupõem a viabilidade

²⁵⁶ AYOUN, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 310.

²⁵⁷ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **AI 601.295-4/1-00**. Relator: Des. Pereira Calças, Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Julgamento: 05 mai 2009.

²⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, 6º, ed., Saraiva, São Paulo, 2009. p. 115-116.

empresarial. Se esta viabilidade já pode ser afastada à primeira vista ou se se verificar que a alegação de adimplemento substancial tem algum intuito baseado na má-fé de qualquer das partes, não há porque sequer cogitar a aplicação da teoria do adimplemento substancial. Essa teoria ou mesmo qualquer argumento para indeferimento da convolação em falência jamais deve servir para propósitos desalinhados com os objetivos recuperacionais.

Nesse sentido, apesar de não se referir ao uso indevido da teoria do adimplemento substancial, vide o emblemático caso da decretação de falência da Laginha Agro Industrial S/A, em que houve sucessivos descumprimentos do plano de recuperação e apresentação de um novo plano de recuperação sob alegação de mudança conjuntura econômico-financeira, o qual não foi aceito sob o fundamento de indevida procrastinação da empresa notoriamente inviável, *in verbis*:

DÉBITOS. ART. 333, I, CPC. CONFIGURADA A INADIMPLÊNCIA DA EMPRESA EM CUMPRIR O PLANO, MESMO DEPOIS DO PRAZO DE 2 (DOIS) ANOS DO DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, DEVE SER DECRETADA A FALÊNCIA, COM BASE NO ART. 62 C/C ART. 94, III, g, TODOS DA LEI N.º 11.101/05. PEDIDO DE ADITAMENTO AO PLANO. ALEGAÇÃO DE FATOS SUPERVENIENTES QUE ALTERARAM A CONJUNTURA ECONÔMICA. PEDIDO QUE DEVERIA SE LIMITAR A ALTERAÇÕES PONTUAIS NO PLANO ORIGINÁRIO. EMPRESA QUE JUNTOU PLANO INTEIRAMENTE NOVO, PRETENDENDO A RETOMADA AB INITIO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLEITO QUE CONFRONTA O DISPOSTO NO ART. 48, II, LEI N.º 11.101/05, QUE VEDA A CONCESSÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL À EMPRESA QUE JA TEVE DEFERIDO O BENEFÍCIO DENTRO DE CINCO ANOS. FRAUDE À LEI (FRAU LEGIS). ADEMAIS, NOVO PLANO QUE NÃO FO ACOMPANHADO DE LAUDO ECONÔMICO -FINANCEIRO E DE BENS E ATIVOS DA EMPRESA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 53, III, DA LEI N.º 11.101/05. INADMISSÍVEL A JUNTADA E A APRECIÇÃO DE PLANO INTEGRALMENTE NOVO E DESACOMPANHADO DOS DOCUMENTOS ESSENCIAIS. **EVIDENTE INTUITO PROCRASTINATÓRIO DA RECUPERAÇÃO INVIÁVEL, EM DETRIMENTO DOS LEGÍTIMOS INTERESSES DOS CREDORES E DE TODA A SOCIEDADE.** DEVIDA A DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA NO CASO CONCRETO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. [...] o novo plano juntado pela empresa recuperanda não foi acompanhado de laudos econômico -financeiro e de bens e ativos, na forma do art. 53, III, da Lei n.º 11.101/05. Não cabe afirmar que, tendo tais documentos sido entregues quando do primeiro plano de recuperação, seria desnecessário juntá-los novamente, pois um aditamento ao plano de recuperação que, na verdade, consiste num plano inteiramente novo deve ser justificado com provas técnicas e detalhadas, que sejam capazes de demonstrar o quadro atual da empresa, o que somente poderia ser feito de forma adequada pelos laudos referidos. Aliás, se a agravante alega que houve destruição de parte do seu parque industrial e alteração do quadro econômico, não há como entender agora que seja dispensável a apresentação de laudos econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos. **De uma forma ou de outra, o pedido da parte para a apreciação do "aditamento" pela assembleia de credores não pode ser deferido, na medida em que se revela um subterfúgio para procrastinar a recuperação judicial ad etemum, em grave prejuízo dos credores.** Por isso, foi acertada a decisão do magistrado de primeiro grau, que,

desconsiderando o "aditamento", sentenciou imediatamente decretando a falência da empresa. [...]²⁵⁹

Dessa forma, o intuito unicamente procrastinatório de manutenção de recuperação judicial de empresa inviável jamais deve ser acolhido. Assim, não se cabe falar em uso da teoria do adimplemento substancial ou até mesmo do princípio da preservação da empresa para evitar a convolação em falência, seja no período de observação ou até mesmo após esse período por requerimento do credor.

Ademais, o eventual mau uso que se faça de um instituto jurídico, não pode ser, necessariamente, um indicativo de sua inconsistência. A análise de qualquer instituto jurídico não deve se guiar por eventuais distorções que se façam dele, pois as críticas a ele só são pertinentes quando a sua utilização regular tenha potencial de causar situações vedadas no sistema jurídico. A experiência jurídica demonstra que o uso irregular de qualquer teoria ou figura jurídica pode servir para propósitos diferentes dos que lhes são pertinentes, não devendo isso gerar a sua invalidação, mas sim, conduzir ao aperfeiçoamento de seu uso, para evitar a sua má implementação.

O intuito primacial da teoria do adimplemento substancial, no âmbito recuperacional, é manter a equanimidade e razoabilidade no emprego dos efeitos do inadimplemento do plano de recuperação da empresa, permitindo impingir maior efetividade à sua recuperação judicial. Se de um lado a falência pode exercer um papel positivo de renovação empresarial na sociedade, por outro lado, na maioria dos casos, o declínio definitivo de empresas ainda viáveis resulta num retrocesso econômico-social muito superior. Até porque a renovação empresarial não depende, necessariamente, da falência das empresas, sendo muito mais ligada a uma economia pujante, a qual é consequência de um ambiente favorável à manutenção das atividades empresariais.

De toda forma, essa última linha argumentativa tem caráter extranormativo, pois não se embasa em críticas quanto à compatibilidade da teoria com o sistema jurídico brasileiro, mas apenas com possíveis consequências negativas do seu mau uso. Por essa razão, não merecem ser considerados como plausíveis para justificar a não aplicação da teoria do adimplemento substancial. No máximo, elas devem apenas servir de alerta, para que se evite qualquer irrazoabilidade na sua aplicação, atentando-se sempre para o estrito respeito aos seus critérios de balizamento.

²⁵⁹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS. **Agravo Interno 0801716-63.2013.8.02.0900**. Relator: Des. Fábio José Bittencourt Araújo. 1ª Câmara Cível. Julgamento: 19 fev 2014.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar a pertinência da aplicação da teoria do adimplemento substancial na recuperação judicial da empresa no direito brasileiro. Com esse intuito, inicialmente procurou delinear a evolução do conceito de empresa, o que se mostrou bastante pertinente aos objetivos desta pesquisa, tendo em vista que o seu delineamento conceitual foi essencial para aferir sua ligação com os fundamentos de tal teoria.

Assim, explicitaram-se aspectos históricos do Direito Comercial, mostrando a evolução de sua perspectiva subjetiva, objetiva e a mais recente, a denominada teoria da empresa, que foi bem ilustrada pelo jurista italiano Alberto Asquini. Segundo este jurista, a empresa deveria ser vista sob quatro perfis: subjetivo (empresário), objetivo (estabelecimento), funcional (atividade econômica organizada) e corporativo (a empresa como instituição).

De toda forma, observou-se que a doutrina dominante propõe superação da teoria da empresa, passando a vê-la tão somente como uma atividade econômica organizada, tendo em vista que seus outros aspectos, embora intimamente ligados com a sua realidade, não se confundiriam com ela. Tal confusão decorreria, meramente, de imprecisões terminológicas da legislação.

De toda forma, demonstrou-se que a importância da empresa vai muito além de sua visão como mera atividade econômica, constituindo ela uma das mais importantes instituições sociais modeladoras da civilização atual. Nesse contexto, tal atividade não passou indiferente aos princípios constitucionais, o que também é fruto do fenômeno da constitucionalização do direito privado, o qual propugna a leitura do direito privado a partir da incidência da Constituição. É por conta dessa visão que se afirma que o atual conceito de empresa não pode prescindir da ideia de função social.

Assim, fica claro que a interpretação dos dispositivos da Lei n. 11.101/2005 deve levar em conta a contemporânea concepção da empresa, a qual, para além de uma visão pautada na empresa como atividade econômica, deve ter em vista também o valor social dessa atividade.

Com essa perspectiva, delineou-se uma breve exposição de aspectos centrais da recuperação judicial, em que se verificou que esta incorporou uma nova tendência mundial de facilitar a manutenção da atividade empresarial viável. Além disso, também se observou que

houve uma mudança do enfoque da antiga concordata, a qual tinha o juiz como protagonista, para, na recuperação judicial atual, haver um papel mais ativo dos credores. Nesse sentido, concluiu-se que a Lei n. 11.101/2005 conferiu ao deferimento da recuperação judicial da empresa a característica de um favor creditício.

Nesse contexto, também se avaliou a natureza jurídica do plano de recuperação judicial da empresa, em que se constatou, por meio do uso do arcabouço conceitual da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, que ele pode ser classificado como um negócio jurídico bilateral e complexo. Isso foi imprescindível para a confirmação de sua natureza contratual e também da natureza de jurisdição voluntária da recuperação judicial, o que também foi dirimido com base em diferentes fontes doutrinárias.

Alcançado esse objetivo, passou-se a descrever a teoria do adimplemento substancial, em que se pesquisaram origem, conceito, critérios de aplicação e fundamentos. Assim, descobriu-se que, apesar de inexistente dispositivo legal expresso nesse sentido, ela pode ser aplicada no direito brasileiro, tendo em vista uma fundamentação principiológica baseada em princípios constitucionais e também em princípios legais infraconstitucionais, como o da boa-fé objetiva. Ademais, viu-se que ela pode servir como um instrumento de equanimidade nas relações privadas.

A partir do reconhecimento da natureza contratual do plano de recuperação judicial e considerando que a teoria do adimplemento substancial se aplica justamente aos contratos, não há como se negar a possibilidade de aplicação desta teoria também na seara recuperacional. Nesse sentido, foi visto que a convolação em falência por descumprimento do plano da recuperação judicial tem o mesmo papel da resolução no inadimplemento contratual. Assim, observou-se ser possível fazer o paralelo entre o inadimplemento do contrato e o inadimplemento das obrigações decorrentes do plano de recuperação. Daí concluiu-se ser perfeitamente aplicável à teoria do adimplemento substancial tanto na seara contratual como no âmbito recuperacional.

Na recuperação judicial, além dos fundamentos gerais da teoria do adimplemento substancial, teceu-se comentário sobre a fundamentação desta, também em princípios específicos do direito empresarial, como o princípio da função social da empresa e da preservação da empresa. Ficou claro que a incidência de tais princípios entendem a atual concepção empresarial como uma atividade econômica organizada dotada de função social.

Nesse contexto, não há outra conclusão a se chegar senão a de que a teoria do adimplemento substancial é plenamente compatível com a legislação recuperacional. Assim, nos casos em que for verificado um inadimplemento irrisório do plano de recuperação judicial da empresa, em virtude da natureza contratual deste, deve ser aplicada a teoria do adimplemento substancial, para afastar a convolação em falência decorrente da interpretação literal dos dispositivos da Lei n. 11.101/2005.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. *In*: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. (Coordenadores). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 1993.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: resolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASCARELLI, Tullio. O Empresário. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 36, n. 109, p. 182-189, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral**. Coimbra: Coimbra, 1999.

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, 1996.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002

BATALHA, Wilson de Souza Campos; BATALHA, Silvia Marina Labate. **Falências e Concordatas**. São Paulo: Editora LTR, 1991.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Salvador: Livraria Magalhães, 1896.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Lei 11.101/2005 Comentada artigo por artigo. 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Consulta Enunciados**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669#:~:text=A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20do%20contrato,%C3%A0%20dignidade%20da%20pessoa%20humana>. Acesso em: 11 jul 2022.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgInt no AREsp 1356729/PR**. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgamento em: 07 out 2019.. DJe: 11 out 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **CC n. 172.716/GO**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Relatoria para Acórdão: Min. Nancy Andrighi. 2ª Seção. Julgado: 09 fev 2011. DJe: 20 mai 2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1337989/SP**. Quarta Turma. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Julgamento em: 08 mai 2018. DJe: 04 jun 2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. **AI 52741-1/186**. Relatora: Desª. Beatriz Figueiredo Franco. 1ª Turma. 4ª Câmara Cível. Julgamento: 13 set 2008.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Agravo de Instrumento n. 10024160579058018 MG**. Rel.: Des. Kildare Carvalho. Data de Julgamento: 03 abr0018. Data de Publicação: 09 abr 2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **AgIn 0114685-06.2012.8.26.0000**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel.: Des. Pereira Calças, j. 30.10.2012. Disponível em: www.tjsp.jus.br . Acesso em: 01 fev 2021.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **AI 601.295-4/1-00**. Relator: Des. Pereira Calças, Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Julgamento: 05 mai 2009.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS. **Agravo Interno 0801716-63.2013.8.02.0900**. Relator: Des. Fábio José Bittencourt Araújo. 1ª Câmara Cível. Julgamento: 19 fev 2014.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Agravo de Instrumento n. 0044689-08.2015.8.19.0000**. 14ª Câmara Cível. Relator: Des. Cleber Ghelfenstein. Julgamento: 08 set 2015.

BRASIL. DECRETO N. 8.327, DE 16 DE OUTUBRO DE 2014. **Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm. Acesso em: 12 ago 2022.

BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Novação Recuperacional. **Revista do Advogado 105**, set/ 2009, p. 115-128.

CAMINHA, Uinie; MARINHO, Sarah Morganna Matos. A novação da recuperação judicial: análise das peculiaridades da aplicação do instituto de Direito Civil ao Direito Falimentar. **Novos Estudos Jurídicos (Online)**, v. 18, p. 135-150, 2013, p. 140. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4489> . Acesso em: 19 jan 2021.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CANTO, Jorge Luiz Lopes do. A convolação da recuperação em falência. *In*: ANDRIGGHI, Fátima Nancy, BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência (Lei nº 11.101/2005)**: retrospectiva geral contemplando a Lei nº 13.043/2014 e a Lei Complementar nº 147/2014. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966.

CHUEIRI, Rodrigo Cunha. **Adimplemento Substancial**: análise crítica de parâmetros para aplicação no direito brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2015, p. 50. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/15668>. Acesso em: 06 set 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995

COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, Empresa e Função Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, Empresa e Função Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CONJUR. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Teoria do adimplemento substancial não deve ser usada em decisões penais. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-10/direito-comparado-teoria-adimplemento-substancial-nao-usada-decisoes-penais2#author>. Acesso em: 03 set 2020.

CONJUR. FERREIRA, Antonio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial (Parte 1). Consultor Jurídico. 9 fev. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-09/direito-civil-atual-interpretacao-doutrina-adimplemento-substancial-parte>. Acesso em: 10 dez 2021.

CORDEIRO, António Menezes. A boa fé nos finais do século XX. **Revista da Ordem dos Advogados Portugueses**, Lisboa, ano 56, v. III, p. 887-912, p. 895, dez. 1996. Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B68b82e6d-8122-4488-a75e-dc38215d7c9f%7D.pdf> . Acesso em: 29 ago 2022.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Da Modernização do Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2004.

CORREIA JR., José Barros; ALBURQUEQUE, Paula Falcão. Convolação da recuperação judicial em falência: uma análise sob a luz da teoria do adimplemento judicial. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JR., Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Boa-fé e sua Aplicação no Direito Brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CORREIA JUNIOR, José Barros **A Função Social e a Responsabilidade Social da Empresa Perante os *stakeholders***. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

COSTA, Thierry Phillipe Souto. A Novação dos Créditos na Recuperação Judicial. *In: Recuperação Judicial: Da Necessidade à Oportunidade*

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1

DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; BATISTA, F. V. A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para a estruturação do procedimento. **Revista de Processo**, v. 310, p. 237-262, 2020.

DUGUIT, Leon. *Las Transformaciones del Derecho Publico e Privado*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975.

EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis: breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações contratuais. **Revista Baiana de Direito**, v. 4, p. 375-385, 2009, p. 382-383.

EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque. **Responsabilidade Civil pelo Inadimplemento da Boa-fé**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque; NOBRE, Gustavo Henrique G. Breves Notas Sobre a Teoria do Adimplemento Substancial e Sua Aplicação no Brasil. **Revista de Direito Civil e Processual**, n. 20, jun-2020.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson.; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 9, n. 35, p. 101-119, jul./set. 2008.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA, Antonio Carlos. A Interpretação da Doutrina do Adimplemento Substancial. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 18, ano 6, p. 35-60, São Paulo, RT, jan.-mar., 2019.

FORGIONI, Paula Andrea. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FRAZÃO, Ana. Função social do direito. São Paulo: Quartier Latin, 2009; “**A função social da empresa na Constituição de 1988**”. In: VIEGAS, Frederico. (Org.). **Direito Civil Contemporâneo**. 2009, p. 23.

FREEMAN, Robert Edward. **Strategic management: a stakeholder approach**. Boston: Pitman, 1984, p. 7

FRITZ, Karina Nunes. O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã. **Revista Forense**, v. 395, p. 181-182, jan./fev. 2008.

FURTADO, Paulo. **O negócio jurídico processual na recuperação judicial**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/284720/o-negocio-juridico-processual-na-recuperacao-judicial> . Acessado em: 01.02.2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil:** abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil:** Contratos, Teoria Geral. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função Social da Empresa. **Revista dos Tribunais 100 anos – Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, volume II, Arnaldo Wald (org.), Revista dos Tribunais, 2010, p. 101/124.

GOMES, Orlando. **Direito Civil:** obrigações. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. **Recuperação Judicial de Empresas e Falência à luz da lei nº 11.101/2005.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

H2O. BOONE v. EYRE. Harvard Law School Library. 126 Eng Rep 160(a). K.B. 1777, jun. 2013. Disponível em: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/2417>. Acesso em: 04 set 2020.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Direito de Empresa no Código Civil de 2002.** 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

IBDFAM. TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/48.pdf>. Acesso em: 10 dez 2020.

JUSBRASIL. FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; NALIN, Paulo; DANTAS, Fernando Carvalho. Redução das mensalidades escolares de instituição de ensino privadas com efeito do Covid-19. 2020. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/839229317/reducao-das-mensalidades-escolares->

[de-instituicao-de-ensino-privadas-com-efeito-do-covid-19?ref=feed#_ftn32](#). Acesso em: 10 dez 2021.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. **Civilistica Revista Eletrônica de Direito Civil**, a.1, n.2, jul.-dez./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>. Acesso em: 10 set 2020

LAZZARINI, Alexandre A. Reflexões sobre a recuperação judicial de empresas. In: DE LUCCA, N.; DOMINGUES, A. de A.; ANTONIO, N. M. L. (Org.). **Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. cap. 3, p. 123-136, p. 124.

LOBO, Jorge. Da recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Jorge. Direito da Crise Econômica da Empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, n. 754, p. 11-44, ago/1998.

LÔBO, Jorge. Soluções para a crise das empresas e a constituição econômica do Brasil. In: **Doutrinas essenciais de direito empresarial**. São Paulo: RT, 2010. v.6.

LOBO, Jorge Joaquim. Direito da Empresa em crise: a nova lei de recuperação da empresa. **Revista Forense**, v. 379, p. 119-131, maio-jun. 2005, p. 127-12.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Boa-fé no Direito Civil: do princípio jurídico ao dever geral de conduta. In: LOBO, Fabíola Albuquerque, EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Boa-fé e sua Aplicação no Direito Brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, jan/mar. 1999, p. 99-109. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4> . Acesso em: 28 out 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; et. all. **Direito Civil Constitucional – A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

MACHADO, Daniel Carneiro. O Novo Código Civil Brasileiro e a Teoria da Empresa. **Revista de Direito Privado**, n. 15, São Paulo, 2003.

MACHADO, Rubens Approbato. Visão geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que reforma o Decreto-Lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências) e cria o instituto da Recuperação da Empresa. *In: Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: falência e recuperação de empresas**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 4.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: falência e recuperação de empresas**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 5.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. SILVA, Paula Costa e. **Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2020.

MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. O Provável Confronto entre Alberto Asquini e Ronald Coase: uma análise dos perfis de empresa a partir da Teoria da Firma. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI - Fortaleza/CE**, Junho/2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3353.pdf> . Acesso em: 19 ago 2022.

MELLO, Marcos Bernardes de. *In*: Pontes de Miranda e o Processo. Fredie Didier Jr e Pedro Henrique Nogueira e Roberto Gouveia Filho (coord.). **Coletâneas ANNEP**, p. 479-505, Salvador, JusPodium, 2021.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**: plano de existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva educação. 2019.

MENDONÇA, José Xavier de Carvalho. **Tratado de Direito Commercial Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934. v. III.

MIGALHAS. VENOSA, Silvio de Salvo. DENSA, Roberta. Mora em tempos de pandemia. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/FFFCCB3683814B_Moraemtemposdepandemia.pdf. Acesso em: 05 mai 2022.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado I**. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações I**. Campinas: Bookseller, 1998.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Tratado das Ações**. São Paulo: RT, 1972. v. III.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de; EHRHARDT JR., Marcos. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013.

MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: **Direito, Estado e Sociedade**, v.9, n.29, p. 233/258, jul/dez de 2006.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Mootnes doctrine e o Direito Brasileiro. Preservação dos Atos Validamente Implementados no Âmbito da Recuperação Judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências**: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

NALIN, Paulo Roberto. **Ética e Boa-fé no Adimplemento Contratual**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**. Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEVES, Douglas Ribeiro. **Limites do Controle Jurisdicional na Recuperação Judicial**. 2015. Tese (doutorado). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo. 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4 ed. Salvador: Juspodium, 2020.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Capítulo I – Disposições Preliminares. In: SATIRO DE SOUZA JR., Francisco; PITOMBO DE MORAES, Antônio Sérgio (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e**

Falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 85.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil:** contratos. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. V. III.

PERIN JÚNIOR, Êcio. **Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PERIN JR., Êcio. **Preservação da Empresa na Lei de Falências.** São Paulo: Saraiva, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999

PRATES, Lincoln. **Manual de Direito Comercial.** Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1954. t.1.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

REZENDE, Elcio Nacur; FLORIANO NETO, Alex. Responsabilidade civil ambiental da empresa diante das tragédias ambientais decorrentes do rompimento de barragens: uma análise à luz dos princípios da função social e da preservação da empresa. **Revista Húmus.** UFMA, v. 9, n. 25, 2019. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/issue/view/527>. Acesso em: 03 nov. 2019. p. 303-304.

RODRIGUES JR, O. L. Estatuto epistemológico do Direito Civil Contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista O Direito**, a.11, n.143, pp.43-66, p. 66.

RODRIGUES NETTO, Nelson; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina Labate Batalha de; BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007.

ROJO, Angél; BELTRÁN, Emilio. *Regulación de la Insolvencia: la legislación concursal*. In: *Lecciones de Derecho Mercantil. El derecho Concursal*. 9. ed. Navarra: Thomson Reuters, 2012.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. Eficácia E Sustentabilidade. São Paulo: Saraiva, 2019.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2016.

SCHREIBER, Anderson. A Tríplice Transformação do Adimplemento: Adimplemento Substancial, Inadimplemento Antecipado e Outras Figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, v. 8, n. 32, p. 03-27, out./dez., 2007.

SILVA, Cloves Veríssimo Couto e. O Princípio da Boa Fé no Direito Brasileiro e Português. In: **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português**. São Paulo: RT, 1980.

SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos Contratos**: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVEIRA, Eduardo C. **Da Concordata no Concurso de Credores - o Precedente Romano do "Pactum ut Minus Solvatur"**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.) **Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SPRAYREGEN, James H. M.; HIGGINS, Roger J.; FRIEDLAND, Jonathan. Chapter 11: not perfect, but better than the alternative. *American Bankruptcy Institute Journal*, v.1, p.6, October 2005.

STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SZTAJN, Rachel. A Recuperação de Empresas em Crise: Incompletude Contratual e Reputação. **Revista de Direito Empresarial – ReDE**, n. 4, jul. 2014, São Paulo.

TARTUCE, Flávio. **Função Social do Contrato**. São Paulo: Método, 2004.

TEIXEIRA, Tarcísio. A recuperação judicial de empresas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, p. 181-214, jan/dez, 2011/2012.

TEPEDINO, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Civil: Perspectivas Interpretativas Diante do Novo Código. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento Anterior ao Termo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 92, p. 33-50, abr. 2003, p. 34.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. Falências e Recuperação de Empresas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 3.

TOMAZETTE, Marlon. **Direito Societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

TZIRULNIK, L. **Recuperação de Empresas e Falências: Perguntas e Respostas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. v. II.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Consequencialismo e Decisão Judicial. *In: Consequencialismo no Poder Judiciário*. Ives Gandra da Silva (coord.). Indaiatuba: Foco, 2019.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1977.

WALD, Arnold. O direito da crise e a nova dogmática. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 12, n. 43, p. 21-44, jan/mar. 2009.

ZANINI, Carlos Klein. *In: SOUZA JR., Francisco; PITOMBO, Antônio Sergio A. de Moraes. (Coordenadores). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.