

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 61, § 2º, DA LEI 11.101/2005:  
AFRONTA AO ATO JURÍDICO PERFEITO E À COISA JULGADA.**

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE ARTICLE 61, § 2º OF THE LAW 11.101/2005:  
THE AFFRONT TO THE PERFECT LEGAL ACT AND RES JUDICTA

**Giovani Bruno Albertoni<sup>1</sup>**

**Sandro Mansur Gibran<sup>2</sup>**

**RESUMO**

O presente trabalho objetiva demonstrar a prejudicialidade à segurança jurídica que é gerada pela disposição do artigo 61, § 2º, da Lei 11.101/2005, em razão da afronta à proteção constitucional ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, positivada no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Para fins hermenêuticos, pretende-se destacar a função social da sociedade empresária como principal fundamento da recuperação judicial, bem como a influência do direito comparado, como fundamental fonte para a edição da nova legislação falimentar. São objeto de conceituação o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, com o intuito de comprovar a contradição entre a novação das obrigações do devedor, promovida pela aprovação do plano de recuperação, com a posterior homologação pelo juízo e a reconstituição dos direitos dos credores, em caso de convolação em falência, culminando na consequente inconstitucionalidade da norma, em razão da instabilidade que é provocada pela transgressão à vontade das partes e à decisão judicial constitutiva de nova ordem jurídica.

**Palavras-chave:** Recuperação Judicial; inconstitucionalidade; segurança jurídica; ato jurídico perfeito e coisa julgada.

**ABSTRACT**

This study aims to demonstrate the prejudice to legal certainty that is generated by the

---

1 Bacharel em direito 2007/2011 (Unicuritiba); pós-graduando em Direito Civil e Empresarial – PUC/PR – 2012/2014; advogado inscrito na OAB/PR sob o n.61752. <http://lattes.cnpq.br/5776022923377749>

2 Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1996); Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; mestre em Direito Social e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba; Professor Titular de Direito Empresarial e de Direito do Consumidor da Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba; Professor de Direito Empresarial do Centro de Estudos Jurídicos do Paraná; professor de Direito Empresarial da Escola da Magistratura Federal - ESMAFE" e Coordenador da Pós-Graduação de Direito Empresarial do Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba. <http://lattes.cnpq.br/3242304285536069>

provision of Article 61, § 2, of Law 11.101/2005, because of the affront to constitutional protection to perfect legal act and the *res judicata*, positively valued in Article 5, XXXVI of the Federal Constitution. For hermeneutic purposes, it is intended to highlight the social role of business associations as the main foundation of Judicial Reorganization, as well as the influence of comparative law, as a fundamental source for the enactment of new bankruptcy legislation. The perfect juridical act and *res judicata* are object of conceptualization, in order to prove the contradiction between the novation of the obligations of the debtor, promoted by the approval of the recovery plan, with subsequent approval by the court and the reconstitution of creditors' rights in case of conversion into bankruptcy, culminating in the ensuing unconstitutionality of the norm, because of the instability that is caused by breaking the will of the parties and the court decision that constitutes a new legal order.

Keywords: Judicial Reorganization; unconstitutionality; legal certainty; perfect legal act and *res judicata*.

## **1. INTRODUÇÃO**

A problemática sugerida no presente ensaio pretende verificar se a disposição contida no artigo 61, § 2º, da Lei 11.101/2005 é inconstitucional. A proposta é no sentido de que os efeitos do comando inserido em tal norma importam em prejuízo ao princípio da segurança jurídica, notadamente no que se refere à proteção constitucional ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A visualização das contradições, apontadas ao dispositivo legal ora em comento já iniciam quando da sua confrontação com o artigo 59 da mesma lei, onde há a previsão de que a aprovação do plano de recuperação implica em novação dos créditos anteriores ao pedido. Ocorre que a novação é uma forma de extinção da obrigação, o que representa um conflito, ao menos aparente, com a determinação da reconstituição dos direitos dos credores, alterados pelo plano de recuperação, em caso de convolação da recuperação judicial em falência.

O contrassenso acima é ilustrativo da instabilidade gerada pelo artigo objeto do presente estudo, demandando uma análise criteriosa do procedimento adotado pela lei, a fim de se constatar que tipos de relações jurídicas são instituídas pela aprovação do plano entre credores e devedor. Para tanto, são objetos de enfoque o processo de Recuperação Judicial, em especial no que se refere à Assembleia Geral de Credores e ao plano de recuperação, bem

como os efeitos que emergem da sua aprovação e homologação judicial.

## 2. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SEGURANÇA JURÍDICA

A questão proposta tem como primeiro alvo a exploração do valor constitucional que se entende confrontado pela disposição contida no art. 61, § 2º, da Lei nº 11.101/2005, que é a segurança jurídica. Este princípio está consagrado na Constituição Federal, especificamente em seu art. 5º, XXXVI, e pretende conferir estabilidade às relações sociais e aos direitos subjetivos. Trata-se de uma garantia de direito, que tem por finalidade assegurar o exercício e o gozo dos bens e vantagens - direitos propriamente ditos - de titularidade de um determinado sujeito.

A segurança jurídica é promovida por alguns critérios, os quais permitem aos sujeitos inseridos em uma sociedade conhecer antecipadamente as consequências de seus atos, o que é da máxima relevância para as relações praticadas dentro da dinâmica das sociedades modernas. A sua efetivação ocorre quando há relativa certeza acerca das ações realizadas sob o império de uma norma, que devem perdurar e produzir os seus efeitos projetados sem sofrer influências imprevisíveis.<sup>3</sup>

Quando uma determinada lei prevê a produção de efeitos em favor de um sujeito, fala-se na criação de uma situação jurídica subjetiva, ou seja, que um direito integrou o seu patrimônio. Segundo José Afonso da Silva, se a lei “produziu efeitos em favor de um sujeito, diz-se que ela criou situação jurídica subjetiva, que poderá ser um simples interesse, um interesse legítimo, a expectativa de direito, um direito condicionado, um direito subjetivo.”<sup>4</sup>

Pois bem, o valor ora em comento, por possuir importância defendida na Constituição Federal, é de observância obrigatória, sujeitando à nulidade qualquer ato que represente prejuízo para sua realização, ressalvados os casos de colisão de direitos de mesma ordem, que merecem análise específica sob o prisma do princípio da proporcionalidade. A segurança jurídica é, pois, um princípio absolutamente imprescindível à realização do Estado democrático de direito e representa a confiança de que deve dispor qualquer cidadão na efetivação de seus direitos, tal como foram por ele previstos quando da sua aquisição. Tanto é que determinados ordenamentos jurídicos (como o alemão), definiram esta tutela em um valor ainda mais abrangente, chamado de princípio da confiança do cidadão.<sup>5</sup>

---

3 SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 433.

4 SILVA, loc. cit.

5 APPIO, Eduardo. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 26.

### 3. O ATO JURÍDICO PERFEITO

O avanço na argumentação ora exposta demanda algumas considerações preliminares sobre os institutos preservados pela norma constitucional mencionada anteriormente. A Constituição Federal determinou à lei a resguarda do ato jurídico perfeito, invocando que aquela jamais poderá representar prejuízo à fruição dos direitos advindos deste. Segundo o artigo 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, reputa-se “ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.”<sup>6</sup> Entretanto, não é este o conceito pretendido pelo texto constitucional, já que o direito consumado é inatingível pela lei apenas porque já esgotou a produção de seus efeitos e não por se tratar de ato perfeito.<sup>7</sup>

O que efetivamente se pretende tutelar na norma em questão é o negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu*. É, portanto, aquele formalizado sob a disciplina dos requisitos fundados numa legislação e, assim, capaz de produzir os seus efeitos antevistos. Não é efetivamente aquele ato jurídico consumado, como referido acima, pois trata de “uma relação reconhecida pelo Direito que já se completou em sua inteireza, ainda que não tenham produzido todos os efeitos previstos no momento de sua finalização.”<sup>8</sup>

Cabe definir o negócio jurídico apontando aquelas relações que se encontram amparadas pela previsão contida no texto constitucional. Porém, faz-se necessário esclarecer a distinção entre fato jurídico, ato jurídico e negócio jurídico, pois somente assim é possível compreender quais relações de fato encontram guarida na norma em comento.

A doutrina denomina como fato jurídico<sup>9</sup> todos aqueles eventos ocorridos que geram uma consequência relevante para o mundo do direito. Ou seja, segundo Washington de Barros Monteiro, são “os acontecimentos em virtude dos quais nascem, subsistem e se extinguem as relações jurídicas.”<sup>10</sup> Dentre esses fatos, alguns são resultados de eventos naturais,<sup>11</sup> enquanto outros decorrem da ação humana.

Excluindo-se os fatos jurídicos propriamente ditos, restam aqueles casos em que o evento decorre diretamente da ação humana, que se denominam, na generalidade, ato

---

6 BRASIL, Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasil, DF, 09 de set. de 1942.

7 SILVA, 2007, p. 435.

8 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 529.

9 Sentido amplo (*lato sensu*).

10 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v.1. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 174.

11 Estes eventos são denominados fatos jurídicos em sentido estrito (*stricto sensu*).

jurídico.<sup>12</sup> No entanto, apenas aquelas ações que se conformam com a ordem jurídica integram esta categoria, pois se houver contrariedade os atos serão ilícitos. Sobre o tema, a lição de Caio Mário:

Não são todas as ações humanas que constituem atos jurídicos, porém apenas as que traduzem conformidade com a ordem jurídica, uma vez que as contravenientes às determinações legais vão integrar a categoria dos atos ilícitos, de que o direito toma conhecimento, tanto quanto dos atos lícitos, para regular-lhes os efeitos, que divergem, entretanto, dos destes, em que os atos jurídicos produzem resultados consoantes com a vontade do agente, e os atos ilícitos sujeitam a pessoa que os comete a conseqüências que a ordem legal lhes impõe (deveres ou penalidades).<sup>13</sup>

Dentro deste gênero dos atos jurídicos residem duas espécies, que são os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos. Embora ambos sejam frutos da vontade humana, a distinção reside no propósito objetivo de produzir os efeitos decorrentes da ação. Nos negócios jurídicos o agente manifesta a sua vontade com a intenção específica de criar resultados, enquanto nos atos jurídicos os resultados decorrem diretamente da lei, sendo a sua vontade voltada apenas à produção do evento, alheia, portanto, aos resultados.

Neste sentido, denota-se que o fundamento e os efeitos do negócio jurídico estão assinalados na vontade manifestada em conformidade com os ditames da ordem legal, com a finalidade exclusiva de produzir o resultado pretendido. Neste ponto é que se constata a finalidade pretendida na ação como principal elemento da figura em estudo, fundamentada no princípio da autonomia da vontade, onde todo indivíduo é dotado de capacidade para criar direitos e contrair obrigações.

Ressalte-se que a vontade capaz de dar origem a um ato jurídico é aquela exteriorizada pelo indivíduo, aquela que, por um instrumento qualquer, é levada ao conhecimento do mundo exterior à esfera psíquica do sujeito. É claro, no entanto, que a simples manifestação de vontade é insuficiente para o estabelecimento do negócio jurídico, havendo a necessidade de se aliar à lei para produção dos resultados, completando-se os dois requisitos reciprocamente.

A produção do negócio jurídico demanda a verificação da presença de elementos essenciais na manifestação de vontade do sujeito, ou seja, aqueles que, ao faltarem, não operam a consistência jurídica necessária à criação do ato. No plano da validade, afirma-se então que a existência de agente capaz,<sup>14</sup> de objeto lícito e possível e de consentimento é

<sup>12</sup> Ato jurídico em sentido amplo (*lato sensu*).

<sup>13</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 302.

<sup>14</sup> São capazes aquelas pessoas dotadas de consciência e vontade, reconhecidas pela lei como aptas a exercer os atos da vida civil.

imprescindível para a consecução do negócio jurídico.

#### **4. O DOLO E A BOA-FÉ NO NEGÓCIO JURÍDICO**

O primado constitucional depende da existência do negócio jurídico, livre de qualquer vício, o que demanda a inquirição sobre os defeitos capazes de gerar a nulidade do negócio jurídico firmado, análise esta que será adiante considerada na interpretação da temática do presente estudo. Por tal razão, tratar-se-á adiante do dolo e da boa-fé objetiva, onde aquele é defeito capaz de eivar o ato e gerar a sua anulação e este é requisito imprescindível a ser observado na formação de qualquer negócio jurídico, sob pena de nulidade.

O principal pressuposto do negócio jurídico é a manifestação de vontade livre e consciente do agente, conformada com os ditames da ordem legal. O direito se preocupou em não admitir qualquer vontade, mas tão somente aquela que representa o real e efetivo querer íntimo do agente. Desta forma há a previsão, no ordenamento jurídico, de diversos defeitos capazes de macular o negócio jurídico, pois não representam o verdadeiro interesse do sujeito da relação jurídica, sendo este o adequado exercício do princípio da autonomia da vontade.

O dolo é um dos vícios da vontade e consiste em meios ardilosos lançados por determinado agente para conseguir a manifestação de vontade de outra pessoa, a fim de obter êxito a si ou a terceiro na relação jurídica. Esta figura é caracterizada pela improbidade de propósito, que visa utilizar um processo perverso para convencer a vítima a declarar uma vontade que não seria obtida de outra maneira.

O vício em questão pode ser praticado por ação ou omissão, quando de forma ativa falta com a verdade ou então de forma passiva mantém o silêncio a respeito de fato, condição ou qualidade que deveria oferecer ao conhecimento da outra parte. Para representar a anulação do negócio o dolo há de ser determinante para a emissão do querer do prejudicado, ou seja, é preciso que seja condição determinante do negócio.

Para caracterizar o dolo, a prática ardilosa deve necessariamente ser realizada por um dos sujeitos integrantes da contratação, pois se for oriunda de um terceiro, gerará apenas a responsabilidade em indenizar o prejudicado e não afetará a validade e a eficácia do negócio. É também necessário referir que se ambas as partes agirem com dolo, enganando-se reciprocamente, a nenhuma delas será possível arguir a anulação do ato, pois do contrário estariam se beneficiando de sua própria torpeza.

A figura do dolo é específica e tem sua abrangência bem delimitada. Guarda grande

relação com o princípio da boa-fé objetiva, o qual tem, por sua vez, atuação muito mais abrangente. A boa-fé está presente tanto na formação dos negócios jurídicos como na sua interpretação, possuindo observância obrigatória e prezando no Direito Civil os valores sociais elevados como máximas inafastáveis no ordenamento jurídico.

O princípio da boa-fé, como regra de hermenêutica, está positivado nos artigos 112 e 113 do Código Civil, onde dispõe que a boa-fé deve sempre ser considerada na apreciação dos negócios jurídicos, superando até mesmo a literalidade da linguagem, pois quando entre elas houver contrariedade, a linguagem deverá ser preterida. Sobre o assunto, pontificou Washington de Barros Monteiro que :

A boa-fé é elemento de garantia da prevalência do interesse social da segurança das relações jurídicas, assegurando a observância da lealdade na celebração dos negócios jurídicos. É de se esclarecer que a boa-fé de que cuida este artigo é a chamada boa-fé objetiva, isto é, aquela que inspira a conduta considerada normal e correta para as circunstâncias de cada caso, segundo o critério do razoável. Entretanto, não deve o hermeneuta afastar-se da investigação da boa-fé subjetiva, qual seja, aquela que intimamente pensada pelo declarante da vontade.<sup>15</sup>

Mas o princípio não se resume à interpretação dos negócios jurídicos, abrangendo até mesmo a celebração dos atos, balizando a conduta das partes antes mesmo da sua formação. Neste sentido é o artigo 422 do Código Civil, que determina às partes a observância do princípio da boa-fé na contratação.

Muito embora o conceito do princípio da boa-fé seja um tanto abstrato, é possível delimitar o seu significado de forma bastante objetiva, constituindo um princípio normativo e geral que valora a conduta das partes como honesta, correta e leal, isto é, é a fidelidade que orienta as relações humanas, sendo obrigatório que se proceda da forma esperada, sem frustrar esta confiança recíproca. A boa-fé se erige, assim, em verdadeiro princípio geral do direito, presidindo as relações jurídicas.<sup>16</sup>

E qual é a sanção que se comina à inobservância do princípio da boa-fé na constituição de uma relação jurídica? A formação do negócio jurídico pressupõe a manifestação livre e consciente de vontade voltada à produção de um resultado querido pelo agente, sendo este então requisito essencial. Portanto, se uma das partes age de má-fé, certamente este requisito não é cumprido, o que importa na nulidade do ato, ou seja, na sua inexistência na esfera do direito.

---

15 MONTEIRO, 2001, p. 197.

16 GOMES, Luis Roldão de Freitas. **Contrato**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 49.

## 5. A COISA JULGADA

A norma constitucional contida no art. 5º, XXXVI, prevê também a proteção à coisa julgada, impedindo que lei alguma lhe apresente ofensa. A respeito deste dispositivo, dispõe André Ramos Tavares que “a coisa julgada é o corolário do princípio da segurança jurídica e estabilidade das relações sociais transportado para o campo judicial.”<sup>17</sup>

O amparo constitucional diz respeito tão somente à proteção jurisdicional definitivamente outorgada. O que se pretende, segundo José Afonso da Silva, é a tutela da “estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio.”<sup>18</sup>

Não há grande discussão sobre o resguardo pretendido, que é a estabilidade das relações sociais. Mas que decisões efetivamente formam a coisa julgada e, por defluência, encontram-se acolhidas pelo artigo?

A coisa julgada formal compreende apenas a relação processual em que a sentença foi proferida e seus efeitos são a ela restritos, ou seja, não repercutem fora do processo. Isto por se tratar de mera preclusão,<sup>19</sup> que diz respeito à possibilidade de manejar um recurso contra a decisão judicial. Em contrapartida, a coisa julgada material é extraprocessual e seus efeitos repercutem fora da relação processual. Ocorre quando a atividade jurisdicional se manifesta especificamente sobre a matéria a que versa a *lide*, dispondo um *juízo* que diz o direito incidente sobre o caso concreto, tornando-se definitivo. Logo, a coisa julgada material naturalmente compreende como pressuposto inafastável a coisa julgada formal (preclusão).

A jurisdição, por sua vez, é a função que diz o direito diante do caso concreto, reconhecendo quais normas abstratas regem determinada situação. A atuação do Judiciário, em síntese, compreende o conhecimento dos fatos ocorridos no mundo físico, determinando após a que normas se subsumam.

Assim, declarado o direito incidente, o conflito de interesses entre as partes estará sanado, atingindo-se a finalidade fundamental da atividade jurisdicional. Manejados os recursos que a parte julgar conveniente, de modo que esta faculdade processual reste preclusa, a declaração judicial se tornará imutável.

Esta imutabilidade que diz respeito à tutela jurisdicional prestada não se deve apenas à preclusão, mas à própria lógica do sistema jurídico. O ordenamento prevê normas abstratas

17 TAVARES, 2003, p. 529.

18 SILVA, 2007, p. 436.

19 “Extinção de uma faculdade processual, operada internamente na relação processual”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. V.2. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 643.

imutáveis<sup>20</sup> para regular a generalidade das condutas sociais. A declaração contida na sentença representa o juízo máximo da subsunção do fato à norma, manifestando o direito aplicado no caso concreto. Logo, se a regra abstrata é imutável, também o é a regra concreta.<sup>21</sup>

E é neste sentido que somente será imutável a sentença que declara a existência ou não de um direito, isto é, a decisão que se pronuncia a respeito da pretensão material contida na ação, atingindo a finalidade jurisdicional. Se o Juiz não possui condições para isso, não ditará qual é o direito incidente sobre o caso concreto e, logo, não haverá a imutabilidade.

Por outro lado, a decisão de mérito torna indiscutível a declaração, por ser a lei relativa àquele caso concreto. Sobre aqueles fatos não mais se admitirá discussão, mesmo que em outra relação processual, e aí reside a verdadeira imutabilidade, na coisa julgada material, sendo somente sobre esta a incidência da proteção constitucional.

Com este conceito em vista, é possível verificar que nem todas as sentenças de mérito são capazes de formalizar a imutabilidade da coisa julgada material, mas somente aquelas que manifestam um juízo a respeito dos fatos contidos na sentença, ou seja, apenas sobre o efeito declaratório da sentença. Sobre o assunto, vale referir a precisão dos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Sendo de mérito a sentença, terá ela condições de receber (desde que, como visto, porte carga declaratória suficiente) a força da coisa julgada material, pouco importando a eficácia preponderante nela residente. Essa observação é importante porque, ao examinar as considerações antes feitas, alguém poderá supor que, como a coisa julgada somente se opera sobre o efeito declaratório da sentença, apenas as sentenças proferidas em ação declaratória poderiam gerá-la. Mas não é assim. *Também as sentenças condenatórias, constitutivas, executivas e mandamentais têm carga declaratória em si, mesmo porque fixam, cada qual, uma lei para o caso concreto.*<sup>22</sup>

Conclui-se, enfim, que a proteção constitucional tem relação íntima com a coisa julgada material como sendo aquela declaração contida na sentença que diz qual é o direito incidente sobre o caso concreto. Quando a jurisdição manifesta a regra concreta, esta afirmação se torna imutável e oponível a todos, conferindo estabilidade às relações jurídicas e certeza ao titular do direito.

## **6. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO**

---

20 Somente pelo processo legislativo e pela introdução de uma nova lei é que ocorre a mudança da norma regente.

21 MARINONI, 2009, p. 644.

22 MARINONI, 2009, p. 561.

A Constituição Federal representa o vértice do ordenamento jurídico. Dela emana todo o poder do Estado brasileiro e, com efeito, em seu corpo normativo estão dispostos os princípios basilares do direito nacional, as competências governamentais, além da estruturação dos poderes legislativo, judiciário e executivo. Naturalmente, em sendo a norma de mais alta hierarquia, qualquer outro ato normativo somente terá validade se com ela se conformar, já que é lá que estão estabelecidos os requisitos para sua criação.

A supremacia constitucional é a superioridade de que goza a Constituição no ordenamento jurídico. Tal princípio encontra fundamento em dois conceitos: I) a distinção entre poder constituinte e poder constituído; e II) entre constituição rígida e constituição flexível.<sup>23</sup>

A questão da flexibilidade ou rigidez da Constituição se reflete na forma como é prevista a sua reforma. Se o processo legislativo constitucional, de competência do poder constituinte derivado, for igual ao processo legislativo ordinário, estar-se-á diante de uma constituição flexível. Por outro lado, a Constituição rígida é aquela que possui processo de reforma mais rigoroso, refletindo na relativa imutabilidade de suas normas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 é considerada rígida, classificação esta que advém de procedimento legislativo diverso e rigoroso previsto para alterações de seu texto, que inclui maior qualificação do *quorum* para aprovação da emenda constitucional, além de limitações materiais e circunstanciais. Por oportuno, citam-se as considerações formuladas por Eduardo Appio:

No modelo de rigidez constitucional formal, todas as normas constantes da Constituição possuem idêntica hierarquia, na medida em que sua alteração demanda o exercício de um poder de reforma caracterizado por ampliar o *quórum* mínimo para a aprovação de uma emenda constitucional, além de exigir um procedimento específico de votação nas duas Casas do Congresso Nacional.<sup>24</sup>

A Supremacia da Constituição está fundada na superioridade do poder constituinte, de modo que seu produto (a norma constitucional) esteja no topo do ordenamento, servindo de fundamento de validade para todas as demais normas. A rigidez promove a permanência e a estabilidade da Lei Fundamental, em contraste com a mutabilidade da legislação ordinária. Esta é a posição de Luís Roberto Barroso:

---

23 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 162.

24 APPIO, 2005, p. 89.

Sintetizando, então, as idéias pertinentes, vai-se ver que a supremacia da Constituição é tributária da idéia de superioridade do poder constituinte sobre as instituições jurídicas vigentes. Isso faz com que o produto do seu exercício, a Constituição, esteja situado no topo do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade de todas as demais normas.<sup>25</sup>

E como a Constituição se coloca em posição dominante do ordenamento, inclusive como fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores, nenhuma norma poderá com ela confrontar. Caso isto ocorra, é deflagrado o mecanismo do controle de constitucionalidade, de competência do Poder Judiciário, visando à retirada da norma do ordenamento jurídico, por nula que é.

## **7. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 61, § 2º DA LEI 11.101/2005 – PREJUÍZO À SEGURANÇA JURÍDICA**

Realizados breves comentários acerca de institutos indispensáveis ao desenvolvimento da proposta deste ensaio, almeja-se adiante demonstrar a lesão que a disposição do artigo 61, § 2º, da Lei 11.101/05 importa à segurança jurídica. Em primeiro lugar, conceituar-se-á o instituto da novação, evidenciando desde já a imprecisão da referida norma e a problemática que dela surge. Após, será explanado o prejuízo causado ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada, elencando os efeitos que promovem inconsistência às relações jurídicas, concluindo, assim, pela inconstitucionalidade da regra ora em comento.

### **7.1 A NOVAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO DEVEDOR NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

A novação das obrigações do devedor é um dos principais efeitos deflagrados na recuperação judicial e consequência direta da sua concessão. Fruto do texto do artigo 59, o plano de recuperação apresentado pelo devedor e aprovado pelos credores constitui novas obrigações, que extinguem as anteriores, subordinando todos os envolvidos no procedimento.

A constituição destas novas obrigações não se trata nem de transformação nem de conversão, mas sim da geração de uma relação obrigacional nova, abolindo a anterior. Esta figura produz o mesmo efeito do pagamento em relação à obrigação que é novada, sendo, por

---

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 163.

isso, chamada de sucedâneos do pagamento.<sup>26</sup>

A novação possui natureza contratual e é consequência do acordo de vontade das partes. A nova obrigação que se constitui em nada é vinculada à anterior, já que sua composição promove a aniquilação daquela. É, enfim, o estabelecimento de um direito de crédito inteiramente novo, que se coloca no espaço daquele que o precedeu. O principal efeito da novação é, portanto, a extinção da primeira obrigação, de modo que somente a nova relação passa a vincular as partes.

Outro efeito é aquele previsto no artigo 365 do Código Civil, que prescreve a exoneração dos devedores solidários, salvo se expressamente ratificarem a novação. Bem assim, também os acessórios e garantias da dívida são extintos, sempre que não houver ressalva em sentido oposto.

Neste ponto pode-se observar a primeira problemática que se impõe à sistemática anotada pela lei, pois o instituto da novação dispõe expressamente a necessária extinção das obrigações anteriores pela constituição de outras novas, mas a Lei 11.101/2005 prevê a possibilidade da sua reconstituição, se se decretar a convocação da recuperação em falência. Sobre o tema, Fabio Ulhoa Coelho dispôs a seguinte solução:

As novações, alterações e renegociações realizadas no âmbito da recuperação judicial são sempre condicionais. Quer dizer, valem e são eficazes unicamente na hipótese de o plano de recuperação ser implementado e ter sucesso. Caso se verifique a convocação da recuperação judicial em falência, os credores retornam, com todos os seus direitos, ao *status quo ante*.<sup>27</sup>

Já de início começam a surgir as primeiras inconsistências, em razão da natureza do instituto que deveria extinguir as obrigações anteriores, pois certos negócios jurídicos não comportam a imposição de condição, mesmo pela lei, em razão de sua própria natureza. Sobre o tema, a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

[...] não comportam condição os negócios jurídicos unilaterais que devam ter eficácia imediata, não admitindo incerteza, como a aceitação e a renúncia de herança, ou legado, a aceitação ou impugnação de inventariante ou testamenteiro, a compensação, os títulos de crédito, a revogação, a denúncia, a existência de pessoa jurídica, a procuração judicial, a interpelação, a fixação de domicílio, a gestão de negócios e a escolha nas obrigações alternativas.<sup>28</sup>

26 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. V.2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 314.

27 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. V.3. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 425.

28 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral** V.1. 4. ed. São Paulo:

E como o legislador concedeu ao devedor a liberdade de propor qualquer meio de recuperação no plano, é plenamente possível a existência de algum negócio jurídico incapaz de reconstituição à condição original, mas que ficariam sujeitos à condição resolutiva de cumprimento do plano prevista no artigo 61, §2º, da lei de recuperação. É de se notar que os próprios títulos de crédito estão inseridos nesta hipótese, sendo uma das mais comuns fontes de obrigação do devedor em recuperação.

Como exemplo da situação incerta que se forma com a reconstituição dos direitos dos credores, ainda que haja a ressalva daquilo que já fora eventualmente cumprido, pode-se citar a existência de um crédito em que se instituíram novas condições de pagamento, em parcelas sucessivas e iguais, com a exclusão dos encargos moratórios e, conseqüentemente, redução considerável do montante total a ser pago.

Se for decretada a falência do devedor no mês em que foi efetuado o pagamento da última parcela, a obrigação então estará cumprida e o negócio consumado, sendo inatingível pela reconstituição à posição anterior. Por outro lado, se a convolação se der no mês anterior, ainda na iminência do último pagamento, a obrigação será reconstituída aos termos anteriores, restabelecendo os acessórios que já importariam num montante de grande proporção, descontando-se apenas o valor efetivamente pago. É, sem dúvida, uma situação de absoluta volubilidade.

Resta claro que a posição adotada pela legislação, ao contrariar a natureza jurídica do instituto da novação, criou uma série de incongruências lesivas à estabilidade das relações jurídicas. Estas observações, aliadas as que adiante serão aduzidas, demonstram o prejuízo causado ao ato jurídico perfeito, fruto da negociação e do livre exercício da autonomia da vontade do devedor e dos credores.

## **7.2. A AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA**

O presente tópico pretende tratar especificamente do problema objeto deste trabalho, que é a verificação da lesão à segurança jurídica gerada pelo contido no artigo 61, § 2º, da Lei 11.101/2005. Para tanto, a análise abrange duas observações distintas, demonstrando tanto o prejuízo à coisa julgada como ao ato jurídico perfeito.

Nos termos já consignados, a proteção constitucional ao ato jurídico perfeito diz respeito ao negócio jurídico, que resulta do exercício da autonomia da vontade realizado pelos

agentes envolvidos. No processo de recuperação judicial, isto se dá através da propositura do plano pelo devedor e da sua aprovação na assembleia geral de credores.

Constituído o ato, pela livre disposição das partes e na forma prevista pela legislação, sem que haja por eles mesmos o estabelecimento de condição (e diga-se aqui, somente naqueles negócios que a admitem, como já referido anteriormente), a sua existência, validade e eficácia são soberanas, já que respeitados os requisitos legais para a formação do acordo, não se admitindo limitação externa à relação contratual. Sendo lícito o acordo de vontades e fundado na forma prevista em lei, não há como se admitir a restrição advinda da Lei 11.101/2005.

A reconstituição das obrigações dos credores, no caso de convocação da recuperação em falência, é uma afronta a diversos princípios e normas já consagrados no ordenamento jurídico. Permitir a livre aplicação do artigo representaria negativa de vigência às previsões de formação e produção de efeitos dos negócios jurídicos em geral, que possuem como objeto direitos disponíveis, implicando na desconsideração das relações contratuais.

As partes possuem capacidade e interesse, os direitos são disponíveis e a forma é válida, mas ainda assim a lei determina a desconsideração das convenções estabelecidas, gerando incerteza nas relações em plena eficácia. Ou seja, prever a desconsideração para a generalidade dos acordos contidos no plano de recuperação é uma verdadeira contradição, já que devedor e credores possuem total liberdade na negociação e definição das alterações que julgarem convenientes.

Em se tratando de interesses em litígio, submetidos à jurisdição, compete ao Poder Judiciário aplicar o direito incidente sobre o caso concreto. No processo de recuperação judicial, ao Juízo compete tão somente a verificação da legalidade do interesse livremente manifestado pelas partes, homologando o acordo ao final, em razão do modelo contratualista adotado pelo legislador, onde impera a autonomia da vontade das partes. Esta decisão é constitutiva por excelência, estabelecendo todo um novo cenário jurídico. Após o seu trânsito em julgado, a tutela jurisdicional estará definitivamente outorgada e formará a coisa jurídica material, conservando-se todas as disposições ali contidas (todas aquelas promovidas pelo plano), que terão eficácia até mesmo fora da relação processual instaurada.

A sentença de homologação do plano declara a existência de direitos e constitui diversas relações jurídicas novas, resolvendo a pretensão processual, a causa de pedir. Consumado a preclusão e a possibilidade de discussão da sentença, seu conteúdo se torna absolutamente imutável pela formação da coisa julgada material.

Mas permitir a reconstituição do direito dos credores representa verdadeira afronta ao

instituto da coisa julgada, pois implica na destituição da imutabilidade e da certeza da existência ou não de um direito, de uma obrigação. E então a relação tida como verdadeira e imutável é extinta pela superveniência de um fato.

A lei previu um procedimento voltado a possibilitar a negociação entre credores e devedor, conferindo-lhes a liberdade de exercer a autonomia da vontade e formar qualquer negócio jurídico que julguem adequado. Quando ocorre a aprovação do plano, uma série de novas disposições passam a vigorar, introduzindo as partes numa nova ordem jurídica.

Pois bem, a mudança nas relações jurídicas é bastante abrupta, passando ao cumprimento das obrigações previstas no plano. Mas a convolação da recuperação em falência promove a extinção das alterações, gerando absoluta e invariável incerteza nas relações abrangidas, o que certamente é prejudicial para os envolvidos no procedimento.

A lesão à segurança jurídica é clara diante da invariável dúvida provocada nos sujeitos das relações e nos efeitos econômicos imprevisíveis que dela decorrem. Como exemplo, o passivo do devedor não será passível de previsão até o efetivo encerramento da recuperação judicial, pois a qualquer momento seus débitos podem ser alvo de reconstituição, retomando os acessórios e crescendo consideravelmente o montante a ser pago pela sociedade. Com tal acréscimo, em razão da insolvência, vários credores deixarão de receber os seus créditos, notadamente aqueles que integram categorias com menor privilégio, pois quanto maior o passivo, mais rapidamente o patrimônio é consumido.

Outra questão é quebra da isonomia entre os credores, afrontando aquele que é inclusive o fundamento do sistema do processo de falência. O princípio *da par conditio creditorium* representa, nas palavras de Gladston Mamede, “a preocupação em garantir que todos os credores, titulares de créditos de mesma natureza, sejam tratados em igualdade de condições.”<sup>29</sup> Mas com a reconstituição dos créditos, que supostamente pretende resguardar o interesse dos credores, pode ocorrer a manutenção das novas relações para parte dos credores, onde já se consumou a obrigação, enquanto aqueles em que ainda há pendência de pagamento retornarão às condições anteriores.

A previsão legal ora em comento instituiu condição lesiva ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada, promovendo diversas inconsistências avessas ao princípio da segurança jurídica, voltado à promoção da certeza das relações jurídicas. Representa, assim, verdadeira afronta ao contido no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

---

29 MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas.** v.4. São Paulo: Atlas, 2006. p. 33.

### 7.3. A INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DO ARTIGO 61, § 2º DA LEI 11.101/2005

A interpretação sistêmica do artigo em referência visa coaduná-lo ao sistema jurídico como um todo, tendo como obrigação inafastável a sua perfeita interação com as normas de maior hierarquia. O ponto inicial é, sem dúvida, a intenção do legislador ao instituir referido dispositivo, a situação que pretende regular e quais efeitos pretende produzir. Tratando especificamente do assunto e já prevendo as incongruências levantadas anteriormente no presente trabalho, Sérgio Campinho proferiu o seguinte parecer, merecedor de transcrição integral:

O texto normativo, traduzido no parágrafo 2º, do artigo 61, ao preconizar o estabelecimento dos direitos e garantias originalmente contratados, a favor dos credores, em virtude da decretação da falência por descumprimento de obrigação assumida no plano, poderia sugerir eventual conflito com a regra que emana de outro dispositivo normativo, o artigo 59, segundo o qual o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao respectivo pedido, obrigando devedor e todos os credores a ele sujeitos. Entretanto, conflito real inexistente. A novação é regra que emerge do texto, e sobre ela não se pode ter dúvida. A lei não se vale de palavras vãs. Nenhum credor poderá postular qualquer direito em sua original formação, quando as obrigações previstas no plano forem cumpridas no interregno de dois anos, preconizado no *caput* do artigo 161 – estado legal de recuperação; nem poderá assim postular em relação àquelas que se vencerem após o citado período, embora não cumpridas, pois o que lhe cabe é requerer a execução específica da obrigação ou a falência do devedor, em ação própria, com apoio no artigo 94, consoante dispõe o artigo 62. Portanto, há novação. O que se deve enxergar na regra do parágrafo 2º, do artigo 61 é o estabelecimento de uma sanção. Uma pena, com finalidade marcadamente coercitiva, de modo a estimular o devedor a apresentar a seus credores um plano verdadeiramente viável, com obrigações que possa realmente honrar no período de dois anos seguintes à concessão da recuperação. Se assim não proceder, presume a lei que não tinha condições de aprovar com seus credores as obrigações contidas no plano, induzindo-os a celebrar um contrato judicial sem que, efetivamente, pudesse cumpri-lo. Vem aqui prestigiada a boa-fé objetiva que todos os contratantes devem guardar ao celebrarem um contrato (Código Civil, artigo 422). Desse modo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano, durante o estado de recuperação judicial do devedor, acarretará a convolação da recuperação em falência, sendo o devedor sancionado com o restabelecimento dos direitos e garantias nas condições originalmente contratadas.<sup>30</sup>

Para Campinho, a previsão do artigo representa uma sanção ao devedor, como forma de coagi-lo à apresentação de um plano realmente viável, prestigiando o princípio da boa-fé objetiva, regente de todas as relações contratuais. Todavia, tal posição encontra resistência, porquanto já visto em tópico específico que é nulo todo negócio jurídico onde o agente

30 CAMPINHO, Sérgio Campinho. **Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 174.

manifesta a sua vontade eivada de má-fé, induzindo em erro a parte com quem contrata.

Por esta razão a norma não teria razão de ser, já que bastaria apenas arguir-se a ausência de boa-fé do devedor, ou ainda o dolo, para que as alterações fossem declaradas nulas e tomadas como inexistentes. Inclusive, se o anseio do legislador fosse de fato sancionar o devedor de má-fé, certamente não haveria de ressalvar os atos validamente praticados. A má-fé na contratação macula o negócio jurídico de forma irreversível, não aproveitando nenhum de seus efeitos, por nulo que é.

Por outro lado, Fábio Ulhoa Coelho defende que a reconstituição dos créditos à posição original se deve à proteção do interesse dos credores, uma vez que a aprovação do plano se dá em prejuízo de seus direitos, através de diversas concessões que reduzem o valor de seus créditos. Refere ainda que esta alteração só tem razão de ser no interesse público que há na recuperação do devedor. Com a falência este interesse não mais existiria, motivando a reconstituição dos créditos.<sup>31</sup>

Ocorre que a motivação dos credores não se dá exclusivamente em razão do interesse social que há na manutenção da sociedade empresária e do empresário, mas ainda mais porque esta representa muitas vezes a única possibilidade de recebimento dos seus créditos, além de importar na continuação da contratação e, naturalmente, da geração de receita. É neste sentido que o credor manifesta o seu interesse na aprovação do plano, de forma livre e consciente.

Além disso, com a convocação da recuperação em falência, de fato não mais subsiste o interesse social soberano na manutenção da atividade empresária. E é justamente por isso que não se pode reconstituir os créditos à posição anterior, em razão da ausência de qualquer motivo a justificar o sacrifício da estabilidade das relações jurídicas.

Esta interpretação é inclusive mais benéfica ao interesse dos credores e da sociedade, já que o único controle praticado residiria justamente no exame de viabilidade da manutenção da sociedade empresária. Os credores, buscando o seu efetivo interesse, somente sacrificariam seus créditos se realmente se convencessem da efetiva capacidade de recuperação.

Bem assim, compete ao judiciário ao conceder o procedimento verificar com competência a real possibilidade de soerguimento da atividade, economizando importantes recursos da sociedade. Essa é, em verdade, a melhor interpretação possível para a sociedade, pois se se verificar a inviabilidade da manutenção proceder-se-á desde logo à sua falência, em momento muito mais oportuno para isso.

---

31 COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 209.

Conclui-se claramente que a disposição do artigo 61, § 2º não possui razão alguma que justifique a sua manutenção no ordenamento jurídico, em razão do sacrifício da segurança jurídica e promoção da incerteza. A melhor interpretação seria aquela que entende pela contradição entre o texto legal e o disposto na constituição, declarando a sua inconstitucionalidade.

Nesta hipótese, o exame de viabilidade realizado com absoluta seriedade se encarregaria de decretar a falência daqueles empresários incapazes de se manter no mercado, economizando recursos. A Assembleia Geral de Credores, no exercício da autonomia da vontade, negociaria com o devedor as condições de modificação dos créditos, viabilizando a recuperação da atividade. E, se ainda assim o devedor não fosse capaz de promover o soerguimento de seus negócios, a falência seria decretada, mantendo-se a situação jurídica em que ingressou com a homologação do plano de recuperação, prestigiando a estabilidade das relações jurídicas legalmente contratadas.

Sendo assim, por absoluta contrariedade ao disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, como instrumento de promoção da incerteza nas relações sociais e prejuízo à segurança jurídica, é o artigo 61, § 2º, da Lei 11.101/2005 inconstitucional. Considerar o contrário seria interpretar a lei de falências e de recuperação de forma restritiva, e não sistêmica, desconsiderando as demais disposições contidas no ordenamento jurídico.

## **8. CONCLUSÃO**

A Lei 11.101/2005, que teve como fonte o direito comparado, está fundada na função social desempenhada pela empresa. A instituição da figura da Recuperação Judicial veio atender um interesse social soberano, ao qual todos os demais interesses (público ou privado) devem se conformar.

A fim de viabilizar a retomada da atividade empresarial, a legislação em vigor superou o antigo sistema da concordata e instaurou procedimentos que visam à negociação entre credores e devedor no processo de recuperação. Neste sentido, cumpre ao devedor a apresentação de um plano de recuperação viável, que passará pelo crivo dos credores reunidos em Assembleia.

Aprovado o plano e homologada a transação pelo Juiz competente, à sociedade empresária e ao empresário é concedida a recuperação judicial, assim, as pessoas relacionadas deverão cumprir as obrigações contidas no plano, em detrimento daquelas anteriores ao pedido de recuperação. Como bem destacado, este procedimento representa a conformação da

manifestação de vontade do devedor e dos credores, de natureza contratual portanto, formando novos negócios jurídicos.

E a lei é categórica em classificar estes negócios jurídicos em novações (art. 59), ou seja, em obrigações supervenientes voltadas à extinção das anteriores. Contudo, tais obrigações extintas são posteriormente reconstituídas em caso de convalidação do procedimento recuperatório em falência, por força da previsão contida no art. 61, § 2º, da Lei de Falências e Recuperação de Empresas.

Esta inconsistência é geradora de instabilidade nas relações jurídicas, produzindo efeitos contrários àqueles previstos pelas partes envolvidas no processo. A disposição legal, assim, desconsidera por completo a vontade manifestada pelas partes e transgreda a homologação proferida pelo Juízo.

Isto porque as partes contratam no exercício da autonomia da vontade, ainda que em Juízo e sobre interesses em litígio, vinculados ao interesse social dominante. Mas no caso de convalidação em falência este interesse não mais subsiste, deixando de exercer qualquer influência sobre as disposições do processo, que passam a vigorar exclusivamente sob a égide do interesse das partes.

No curso do processo de Recuperação Judicial, as partes convencionam entre si, formulando novos negócios jurídicos, que são em seguida homologados pelo Juízo competente, constituindo uma nova ordem jurídica, e formando, por conseguinte, a coisa julgada. Desta feita, a reconstituição das obrigações dos credores à posição originária representa verdadeira lesão à segurança jurídica, pois promove grande instabilidade nas relações jurídicas, resultado da própria natureza das obrigações que passam a vigorar.

Com estas considerações em vista, passa-se à recapitulação da proteção jurídica à coisa julgada, preconizada no art. 5, XXXVI, da Constituição Federal. Tal norma prevê a vedação à lesão ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, justamente a fim de manter a previsibilidade dos efeitos queridos quando da formulação dos negócios jurídicos e da aquisição de direitos.

Peça essencial da formação e sistematização de todo ordenamento jurídico, a Constituição Federal é a norma de maior hierarquia, nela estão definidos todos os poderes e competências do estado democrático de direito brasileiro, ou seja, é somente com base nela que se pode dizer que determinado exercício de poder é legítimo. E nesta posição de prevalência, a fim de manter a organização do poder como instituída pela sociedade, a carta magna é rígida, de modo que a sua revisão só se permite através de um processo com requisitos legislativos bastante intransigíveis.

Com base nestas características é que se elucida o princípio da supremacia constitucional, onde todas as normas de hierarquia inferior devem se conformar à Constituição, visando à promoção das finalidades máximas definidas pela sociedade brasileira. Qualquer dispositivo que represente confrontação aos valores lá instituídos deve ser declarado inconstitucional e, por consequência, nulo.

A interpretação mais adequada à sistemática do ordenamento jurídico, atendendo à supremacia constitucional, seria aquela que considerasse a reconstituição das obrigações dos credores inconstitucional. Nesta hipótese, caberia ao exame de viabilidade, como de fato deve ser, examinar a efetiva possibilidade de cumprimento do plano apresentado.

Se se averiguar que a recuperação da atividade empresária é inviável, o procedimento é prontamente convertido na falência da sociedade empresária e do empresário, em momento muito mais oportuno para se promover a realização do ativo. Por outro lado, àqueles viáveis é concedida a recuperação, com grandes possibilidades de êxito e devido cumprimento das obrigações contidas no plano.

Mas ainda que constatada a viabilidade da atividade, se o plano não for cumprido, a convolação da recuperação em falência não deverá acarretar a reconstituição das obrigações anteriores ao pedido, em homenagem ao princípio da segurança jurídica. Somente em caso de má-fé do devedor é que se admite a inobservância das disposições formuladas entre as partes, por nulas que são.

Diante das considerações elencadas ao longo do presente trabalho e em razão da flagrante lesão à segurança jurídica e à contradição ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, é que se conclui pela inconstitucionalidade do art. 61, § 2º, da Lei 11.101/2005. A produção de efeitos por esta norma é contrária ao sistema jurídico vigente e produz reflexos práticos prejudiciais ao regular exercício dos direitos subjetivos.

## 9. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**: de acordo com a Lei 11.101/2005. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

APPIO, Eduardo. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL, Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasil, DF, 09 de set. de 1942.

BRASIL, Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jan. 2005.

CAMPINHO, Sérgio Campinho. **Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação Judicial: sustentabilidade e função social da empresa**. São Paulo: Ltr, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. V.3. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Comercial: direito de empresa**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995

GOMES, Luis Roldão de Freitas. **Contrato**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. V.2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. V.1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LOBO, Jorge. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 94-208.

LISBOA, Marcos de Barros. A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 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. 31-60.

MACHADO, Rubens Approbato (coord.). **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**. v.4. São Paulo: Atlas, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. V.2. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito Falimentar**. v.1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SADDI, Jairo. Considerações sobre o Comitê e a Assembléia de Credores na Nova Lei Falimentar. 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. 199-219.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de Direito Falimentar.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 09.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências.** v.1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil.** v.1. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.