

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 7

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2010

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

Coordenação: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnoldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Rosany Fagundes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 7 (julho/dezembro 2010)

. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NO ÂMBITO DA LEI DE FALÊNCIAS¹

THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF LEGITIMATE EXPECTATION UNDER THE BRAZILIAN BANKRUPTCY LAW

Valter Shuenquener de Araújo

Resumo: Este artigo tem como propósito primordial apontar a relevância do princípio da proteção da confiança para o regular desenvolvimento da atividade empresarial. Além disso, o trabalho analisa o papel do princípio da proteção da confiança na tutela do empresário em estado de insolvência bem como de seus credores. A própria Lei de Falências e de Recuperação volta sua preocupação para a tutela das expectativas legítimas dos empresários em alguns dispositivos que serão analisados no trabalho.

Palavras-chave: Princípio da proteção da confiança. Falência. Decisão judicial. Invalidação. Assembléia geral. Boa-fé. Segurança Jurídica.

Abstract: This paper has as its main purpose to show the importance of the principle of legitimate expectation to the regular development of business activity. Besides, this text intends to analyse the legitimate expectation principle role in the life of the entrepre-

1 Algumas das principais ideias defendidas neste artigo podem ser encontradas com maior profundidade no livro fruto de minha tese de Doutorado *O Princípio da Proteção da Confiança. Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

neur in an insolvency state and of his creditors. The bankruptcy law has a major concern on the protection of the legitimate expectation in some of its articles which will be studied throughout this paper.

Keywords: Legitimate expectation principle. Bankruptcy. Judiciary decision. Annulment. General assembly. Good faith. Legal certainty.

Sumário: I — Apresentação. II — Do princípio da proteção da confiança. III — Lei de Falências e a tutela da confiança. 3.1 — Artigo 39, §§2º e 3º. 3.2 — Artigos 60 parágrafo único e 141 inciso II. 3.3 — Artigo 199 §§1º e 2º. IV — Conclusões.

I. Apresentação

Após mais de dez anos de tramitação no Congresso Nacional, a Lei nº 11.101/05 surgiu trazendo uma gama de novidades ao processo falimentar que já foram, em sua maioria, analisadas detidamente pela doutrina. O objetivo deste trabalho não é, portanto, o de comentar, por mais uma vez, o que a lei falimentar trouxe de novo, pois isso já foi feito em abundância. Temas como a nova ordem de prioridade de pagamento na falência, a majoração do período suspeito, o plano especial de recuperação do pequeno empreendedor e como a possibilidade de venda antecipada dos bens já foram substancialmente investigados. O propósito aqui é outro. Procuramos analisar como há, ao longo da Lei nº 11.101, dispositivos que voltaram sua atenção para a tutela de expectativas legítimas dos que por ela são afetados.

A atividade empresarial precisa desenvolver-se em um ambiente seguro, em um cenário dotado de previsibilidade garantida pelo Estado. Quando o Estado desestabiliza relações jurídicas e cria normas capazes de proporcionar incertezas no desenvolvimento dos negócios, isso origina obstáculos para o crescimento de um país. Segurança jurídica e tutela de expectativas legítimas são imprescindíveis para o desenvolvimento econômico, para o progresso de relações mais complexas entre os atores de um mercado e se mostram rele-

vantes no regramento jurídico daqueles empresários que se encontram em um estado de insolvência. A Lei nº 11.101 teve, portanto, de se preocupar com a proteção das expectativas legítimas dos empresários que se encontram em dificuldades financeiras e de seus credores.

Após comentarmos o papel que o princípio da proteção da confiança pode desempenhar no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive de forma a tutelar o empresário diante da atuação estatal, analisaremos alguns dispositivos da Lei nº 11.101 em que houve uma preocupação específica com a proteção da confiança.

II. Do princípio da proteção da confiança

A confiança é uma condição fundamental para a sobrevivência de um ordenamento liberal e democrático². É ela que vai inspirar o consenso fundamental (*Grundkonsens*) entre os indivíduos que será necessário para a criação de todas as instituições e normas estampadas na Constituição³. De acordo com a avaliação de HARTMUT MAURER, a confiança é um elemento essencial de todos os ordenamentos jurídicos e ela é algo capaz de transformar, por completo, a relação entre o Estado e o cidadão, fazendo com que os interesses e expectativas deste último sejam observados e estimulados pela ordem jurídica⁴. Não é por outro motivo que PETER HAAS inicia sua

2 MAURER, Hartmut; ISENSEE, Josef (Org.); KIRCHHOF, Paul (Org.). *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*. In: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band III. Das Handeln des Staates*. Heidelberg: C.F. Müller, 1996, p. 215.

3 HUBER, Hans. HÄFELIN, Ulrich (Org.); HALLER, Walter (Org.); SCHINDLER, Dietrich (Org.). *Vertrauen und Vertrauensschutz im Rechtsstaat*. In: *Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie. Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi*. Zürich: Schulthess Polygraphischer, 1979, p. 194.

4 *Ibidem*, loc. cit. MARTIN BULLINGER defende o mesmo. BULLINGER, Martin; WÜRTEMBERGER, Thomas (Org.) et al. *Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht in historisch-kritis-*

tese sobre o princípio da proteção da confiança no Direito Tributário, que o fez obter o grau de doutor na Universidade de Saarland, afirmando que “sem confiança é impossível a vida dos homens em sociedade”⁵. Sem confiança, a vida torna-se inviável⁶.

As oportunidades que o futuro proporciona dependem de nossos projetos do presente: o futuro é o horizonte de possibilidades do presente⁷. O Estado, que deriva sua autoridade do poder oriundo da comunidade e atua em nome dela, não pode, no dizer de BARROSO, “ferir as expectativas que cria em seus próprios constituintes”⁸.

Decisões tomadas por uma geração não devem apenas considerar as necessidades do presente e do futuro. Sobre o assunto, são valiosas as palavras de HABERMAS no sentido de que “cada geração actual é responsável não só pelo destino das gerações futuras como também pelo destino sofrido em inocência pelas gerações passadas”⁹. Há uma forte conexão entre as gerações (do passado, do presente e

cher Sicht — Mit einem Reformvorschlag. In: *Wahrnehmungs- und Betätigungsformen des Vertrauens im deutsch-französischen Vergleich*. Berlin: Arno Spitz, 2002, p. 143.

5 No original: *Obne Vertrauen ist menschliches Zusammenleben nicht möglich*. HAAS, Peter. *Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de Saarland em 1988, p. 2.

6 STICH, Rudolf Franz. *Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht*. Neustadt an der Weinstrasse: Pfälzische Verlaganstalt GmbH, 1954, p. 3.

7 KIRSTE, Stephan. TROPER, Michel (Org.); VERZA, Annalisa (Org.). The Temporality of Law and the Plurality of Social Times — The Problem of Synchronizing Different Time Concepts through Law. In: *Legal Philosophy: General Aspects. Concepts, Rights and Doctrines. Proceedings of the 19th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), New York, June 24-30, 1999*, Stuttgart, ARSP Beiheft n. 82, Franz Steiner, 2002, p. 26-27.

8 BARROSO, Luís Roberto. Recurso extraordinário. Violação indireta da Constituição. Ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2005, p. 281.

9 HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990, p. 25.

do futuro) que não pode ser destruída impunemente pelo Estado. As necessidades do presente e, sobretudo, as do futuro são relevantes. No entanto, as expectativas que favorecem aqueles que nasceram mais cedo não podem ser irresponsavelmente demolidas para satisfazer, irrestritamente, as demandas daqueles que nasceram mais tarde. Deve existir, como pontifica HABERMAS, “uma solidariedade dos que nasceram mais tarde com aqueles que os precederam”¹⁰. Trata-se de uma incumbência do momento presente olhar para o horizonte à sua frente, mas sem destruir toda a imagem do passado. O passado também merece respeito. É dessa maneira, inclusive, que deve ser compreendido o “princípio da justiça entre gerações” (*Grundsatz der intergenerationellen Gerechtigkeit*), conceito que remonta à idéia de que um povo corresponde ao somatório de todas as gerações¹¹.

Um dos maiores problemas dos tempos atuais na visão de STEPHAN KIRSTE é a gigantesca ampliação das possibilidades do futuro. Segundo o referido professor da faculdade de Direito de Heidelberg, “tudo é permanentemente questionado e sujeito a uma alteração que não é limitada por regras secundárias. O homem possui um permanente medo do futuro”¹². Tem havido um excessivo aumento das possibilidades de desenvolvimento da humanidade e isso pode perigosamente potencializar a desestabilização de projetos futuros e a destruição de expectativas de particulares¹³. Vivemos em um período

10 Ibidem, loc. cit.

11 BRUGGER, Winfried. *Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht*. Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 177.

12 No original: “*everything is permanently in question and subject to a change that is not limited by secondary rules. Man is in permanent fear of the future (...)*”. KIRSTE, Stephan. TROPER, Michel (Org.); VERZA, Annalisa (Org.). The Temporality of Law and the Plurality of Social Times — The Problem of Synchronizing Different Time Concepts through Law. In: *Legal Philosophy: General Aspects. Concepts, Rights and Doctrines. Proceedings of the 19th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), New York, June 24-30, 1999*, Stuttgart, ARSP Beiheft n. 82, Franz Steiner, 2002, p. 31.

13 Pela sua relevância, o estudo acerca da racionalidade das expectativas também tem sido

do de total incerteza em que as opiniões são volúveis e os compromissos vagos¹⁴.

Nesse contexto, a confiança desempenha o papel de generalizar expectativas de comportamento. Ela reduz a falta de informações sobre condutas futuras e o risco quanto a incertezas¹⁵. Um dado faltante sobre um possível comportamento dentre vários é substituído por um sentimento de segurança que é garantido internamente¹⁶. Onde existe confiança, há, portanto, maiores possibilidades de ação¹⁷. Para LUHMANN, “quem demonstra confiança, antecipa o futuro”¹⁸. Ela torna o futuro mais seguro. Aquele que confia em algo age como se apenas certas possibilidades futuras existissem, todas elas

feito no âmbito das Ciências Econômicas para auxiliar na antecipação de eventos futuros no mercado. Sobre o assunto, consulte HOLDEN, K.; PEEL, D. A. e THOMPSON, J. L. *Expectations: Theory and Evidence*. London: Macmillan, 1985; SHEFFRIN, Steve M. *Rational Expectations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986; e PESARAN, M. Hashem. *The Limits to Rational Expectations*. New York: Basil Blackwell, 1989. Sobre o papel do estudo da confiança nas relações econômicas, consulte GUINNANE, Timothy W. Trust: A Concept Too Many. *Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte. Economic History Yearbook. Vertrauen/Trust*, 2005/1, Köln: Akademie, 2005, p. 77-92 e OGILVIE, Sheilagh. The Use and Abuse of Trust: Social Capital and its Deployment by Early Modern Guilds. *Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte. Economic History Yearbook. Vertrauen/Trust*, 2005/1, Köln: Akademie, 2005, p. 15-52.

14 As expressões são de ANDERSON SCHREIBER. SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório no Direito Brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2003, p. 2.

15 SCHAAL, Gary S. *Vertrauen, Verfassung und Demokratie. Über den Einfluss konstitutioneller Prozesse und Prozeduren auf die Genese von Vertrauensbeziehungen in modernen Demokratien*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2004, p. 43.

16 Nesse sentido, BARBARA MISZTAL. MISZTAL, Barbara A. *Trust in Modern Societies. The Search for the Bases of Social Order*. Cambridge: Polity Press, 1996, p. 73; e LUHMANN, Niklas. *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 3, durchgesehene Auflage. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1989, p. 105.

17 LUHMANN, Niklas. *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 3, durchgesehene Auflage. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1989, p. 7-8.

18 No original: *Wer Vertrauen erweist, nimmt Zukunft vorweg*. LUHMANN, Niklas. *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 3, durchgesehene Auflage. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1989, p. 8.

com suporte na confiança, o que provoca a redução da complexidade social¹⁹.

Por meio da confiança, são criadas condições básicas para o processo de interação social e é através dela que essas relações se estabilizam²⁰. Ela serve, portanto, como um mecanismo para a estabilização de expectativas²¹. É preciso, no entanto, reconhecer que a confiança não tem a capacidade de afastar todos os perigos próprios do futuro. Toda situação de confiança pressupõe, na lição de PETERMANN, uma dose de incerteza (*Ungewissheit*) e compreende a possibilidade de sua frustração (*Enttäuschung*)²². Contudo, a despeito disso, ficam reduzidas as chances de frustração de uma expectativa oriunda de uma relação em que a confiança está presente, uma vez que o rompimento da confiança (*Vertrauensbruch*) acarreta, usualmente, prejuízos maiores que aqueles oriundos de sua preservação²³.

Reduzindo a hesitação nas relações sociais, a confiança atua como um mecanismo protetor hábil a evitar o caos e a desordem. Serve para conter a insegurança por meio da filtragem e organização do grandioso volume de informação complexa que recebemos²⁴. A confiança de uma pessoa na concretização das suas próprias expectativas é, portanto, um fator elementar da vida social²⁵. Ela vai viabilizar as relações sociais por meio de uma estabilidade que é alcançada

19 PETERMANN, Franz. *Psychologie des Vertrauens*. Salzburg: Otto Müller, 1985, p. 10.

20 ENDRESS, Martin. *Vertrauen*. Bielefeld: Transcript, 2002, p. 11.

21 Para um aprofundamento sociológico do tema confiança, consulte ENDRESS, Martin. *Vertrauen*. Bielefeld: Transcript, 2002, p. 30.

22 *Ibidem*, p. 9.

23 LUHMANN, Niklas. *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 3. durchgesehene Auflage. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1989, p. 24.

24 Sobre o tema, consulte MISZTAL, Barbara A. *Trust in Modern Societies. The Search for the Bases of Social Order*. Cambridge: Polity Press, 1996, p. 97.

25 Nesse sentido, NIKLAS LUHMANN. *Idem, Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 3. durchgesehene Auflage. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1989, p. 1.

pela existência de expectativas recíprocas. Com ela, o passado se estende para o futuro e o potencial de modificação inesperada das relações sociais é reduzido, o que torna possível o convívio entre os seres humanos²⁶.

Nesse diapasão, o princípio da proteção da confiança vai desempenhar o papel de tutelar expectativas legítimas criadas nos cidadãos. Ele precisa consagrar a possibilidade de defesa de determinadas posições jurídicas do cidadão diante de mudanças de curso inesperadas promovidas pelo Legislativo, Judiciário e pelo Executivo²⁷. Ele tem como propósitos específicos preservar a posição jurídica alcançada pelo particular e, ainda, assegurar uma continuidade das normas do ordenamento²⁸. Trata-se de um instituto que impõe freios contra um excessivo dinamismo do Estado que seja capaz de descortejar a confiança dos administrados²⁹. Serve como uma justa medida

26 Nesse sentido, ULRICH PREUSS. PREUSS, Ulrich K.. Vertrauensschutz als Statusschutz. *JA (Juristische Arbeitsblätter)*, 9º Ano. Berlin: J. Schweitzer, 1977, p. 313.

27 Esse é basicamente o entendimento JUN-GEN OH quanto à função do princípio. OH, Jun-Gen. *Vertrauensschutz im Raum-und Stadtplanungsrecht. Eine vergleichende Betrachtung nach deutschem und koreanischem Recht*. Schriften zum Öffentlichen Recht. Band 589. Berlin: Duncker & Humblot, 1990, p. 163. KLAUS-DIETER BORCHARDT salienta que, também no âmbito do Direito Comunitário, há uma abordagem do princípio da proteção da confiança que possibilita sua utilização contra atos dos três poderes estatais. BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. Schriftenreihe EURO-PA-FORSCHUNG. Band 15. Kehl-Strassburg-Arlington: N. P. Engel, 1988, p. 65.

28 LEE, Sang-Chul. *Vertrauensschutzprinzip bei Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten. Vergleich des Vertrauensschutzprinzips bei Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten in Deutschland, Japan und Korea*. Konstanz: Hartung-Gorre, 1991, p. 28; Segundo SCHWARZ, a preservação da continuidade seria uma das necessidades objetivas do Estado de Direito. Por sua vez, o princípio da proteção da confiança serviria para que essa necessidade (objetiva) de continuidade protegesse (subjektivamente) as expectativas de um indivíduo. SCHWARZ, Kyrill-A. *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip. Eine Analyse des nationalen Rechts des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen*. Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit. Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 40-41.

29 Nesse sentido, VOLKMAR GÖTZ. GÖTZ, Volkmar; RIEDEL, Eibe (Org.). Protection of Legitimate Expectations. In: *German reports on Public Law. Presented to the XV. International congress on Comparative Law. Bristol, 26 July to 1 August 1998*. Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 134.

para confinar o poder das autoridades estatais e prevenir violações dos interesses de particulares que atuaram com esteio na confiança³⁰.

O princípio da proteção da confiança tem uma forte relação com a segurança jurídica. A dimensão material da segurança jurídica permite, no dizer de BARROSO, que os cidadãos possam “*prever razoavelmente as obrigações decorrentes do sistema normativo*”³¹. Por sua vez, o princípio da proteção da confiança serviria para, materializando o princípio da segurança jurídica, fortalecer o Estado de Direito, que pode ter sua existência ameaçada pela excessiva intervenção do Estado na autonomia individual. Com esse raciocínio, é possível concluir que o princípio do Estado de Direito também é dotado de um caráter subjetivo³². Ele também serve para proteger direitos sub-

30 CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Legitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade Pantheon — Assas (Paris II) Droit — Economie — Sciences Sociales, 2000. Disponível em: <http://www.u-paris2.fr/html/recherche/Theses%20en%20ligne/DR0010.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2006, p. 338.

31 Além do aspecto material, LUÍS ROBERTO BARROSO também chama atenção para o aspecto formal do princípio da segurança jurídica: “o princípio da segurança jurídica apresenta um sentido nuclear e elementar, ligado à garantia de que novas obrigações somente podem ser exigidas dos cidadãos após sua prévia e válida introdução na ordem jurídica. Esta é, como se sabe, a proteção básica conferida pelas idéias complementares de legalidade e irretroatividade, que nada mais são do que corolários do princípio da segurança jurídica. Essas são, de certa forma, garantias formais, já que prescrevem determinada forma de criação de obrigações e proíbem sua exigência em relação a fatos anteriores”. BARROSO, Luís Roberto. Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais. *Revista de Direito do Estado*, nº 2, Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho, 2006, p. 274.

32 O mesmo pode ser dito em relação ao princípio da segurança jurídica, que também compreende um elemento objetivo, caracterizado essencialmente pela garantia de continuidade jurídica, e um componente subjetivo, cuja materialização se dá por meio da proteção da confiança. KATZ, Alfred. *Staatsrecht. Grundkurs im öffentlichen Recht*. 14. neubearbeitete Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 1999, p. 97-98; PIEROTH, Bodo. Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum Grundsatz des Vertrauensschutzes. *JZ (Juristen Zeitung)*. 39º ano. Número 21. Tübingen: J. C. B. Mohr, novembro de 1984, p. 977-978. No dizer acertado de ALMIRO DO COUTO E SILVA, o princípio da proteção da confiança corresponderia à dimensão de natureza subjetiva do princípio da segurança jurídica. COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pú-

jetivos³³. E isso acontecerá, por exemplo, quando ele for empregado para impossibilitar o desfazimento, pelo Estado e com efeitos retroativos, de decisões administrativas favoráveis aos cidadãos³⁴.

No Brasil, o princípio da segurança jurídica, que encontra sua principal menção no art. 5º, *caput*, da Constituição da República como um direito fundamental, já foi reconhecido expressamente pelo STF³⁵ e pelo STJ³⁶ como um princípio constitucional derivado do Estado de Direito.

O princípio da proteção da confiança não pode ser aplicado irrestritamente a todas as situações imagináveis. Existem fatores que condicionam a sua adoção no caso concreto. Neste tópico, teceremos alguns comentários sobre as principais condições a serem observadas para uma correta aplicação do princípio. São elas essencialmente

blica de Anular seus próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 237, julho/setembro 2004, p. 273-274.

33 Essa é, inclusive, conforme salienta ALBERT BLECKMANN, a orientação seguida pela doutrina majoritária alemã. BLECKMANN, Albert. *Zur Dogmatik des Allgemeinen Verwaltungsrechts I. Die Handlungsmittel der Verwaltung in rechtsvergleichender Sicht*. Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 67.

34 KOCH, Hans-Joachim; RUBEL, Rüdiger; HESELBAUS, F. Sebastian M. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Dritte neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Deutschland: Luchterband, 2003, p. 11. Sobre o tema, HANS WOLFF e OTTO BACHOF também destacam que, nos casos de retroatividade, o princípio do Estado de Direito exigiria a proteção da confiança daquele que se encontra numa específica e favorável situação jurídica (*Rechtslage*). WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto. *Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch*. Neunte, neubearbeitete Auflage. München: C. H. Beck, 1974, p. 145.

35 Cf. STF. Plenário. Rel. Min. Ellen Gracie. Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes. MS nº 24.268-MG. Data do julg. 05/02/04. DJU: 17/09/04. STF e STF. Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes. MS nº 22.357-DF. Data do julg. 27/05/04. DJU: 05/11/04.

36 Consulte STJ. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. REsp nº 658.130-SP. Data do julg. 05/09/06. DJU: 28/09/06. Segundo a ementa da referida decisão relatada pelo Min. Luiz Fux “a segurança jurídica é princípio basilar na salvaguarda da pacificidade e estabilidade das relações jurídicas, por isso que não é despciendo que a segurança jurídica seja a base fundamental do Estado de Direito”. STJ. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. REsp nº 658.130-SP. Data do julg.: 05/09/06. DJU: 28/09/06.

quatro: i) a *base da confiança*, ii) a *existência subjetiva da confiança*, iii) o *exercício da confiança através de atos concretos* e iv) o *comportamento estatal que frustre a confiança*³⁷.

Para que possa ser empregado, o princípio da proteção da confiança exige um comportamento ou ato estatal capaz de criar uma expectativa legítima no seu destinatário. Essa primeira condição diz respeito, portanto, à necessidade de existência de uma *base da confiança* (*Existenz einer Vertrauensgrundlage*).

O segundo elemento a ser considerado como condição para a concretização do princípio da proteção da confiança é a *existência da confiança no plano subjetivo* (*Vorliegen von Vertrauen*). Aqui lidamos com o aspecto subjetivo do princípio. É preciso que existam indícios de que o indivíduo confiou na continuidade do ato estatal, de-

37 A listagem dessas condições é feita com amparo parcial nas idéias de ARNDT SCHMEHL. SCHMEHL sustenta que as condições para o emprego do princípio da proteção da confiança seriam: i) a existência de um fundamento da confiança (*Vertrauensgrundlage*), ii) uma confiança digna de tutela e iii) um comportamento estatal que frustre essa confiança. SCHMEHL, Arndt. Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Bestands- und Vertrauensschutzes bei Genehmigungen unter Änderungsvorbehalt. *DVBl (Deutsches Verwaltungsblatt)*, Ano 114. Köln e Berlin: Carl Heymanns, janeiro de 1999, p. 23. Não há uma uniformidade na doutrina alemã sobre esse tema. Para ANNA LEISNER-EGENSPERGER, que reconhece a divergência doutrinária, as condições para o uso do princípio seriam as seguintes: i) ato estatal que fundamenta a confiança (*Vertrauensgrundlage*), ii) a confiança do cidadão, iii) o exercício efetivo da confiança, isto é, a sua colocação em funcionamento mediante a prática de atos concretos (*Ins-Werk-Setzen*), iv) um comportamento estatal desviante em relação a um anterior e que seja capaz de frustrar a confiança do particular, e v) a dignidade de tutela da confiança do cidadão. LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 462. HERMANN-JOSEF BLANKE, por sua vez, aponta que os elementos estruturais (*Strukturelemente*) do princípio da proteção da confiança seriam: i) o *fundamento da confiança*, ii) a *existência da confiança* e iii) a *conseqüência jurídica*. BLANKE, Hermann-Josef. *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000, p. 89. Na França, a doutrina tem incorporado o pensamento alemão e faz referência à *base de la confiance* como um *pré-comportement* que serve como *condition de fait de la confiance*. CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Legitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade Pantheon — Assas (Paris II) Droit — Economie — Sciences Sociales, 2000. Disponível em: <http://www.u-paris2.fr/html/recherche/Theses%20en%20ligne/DR0010.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2006, p. 386-387.

positou racionalmente suas esperanças na sua manutenção. O desconhecimento total do particular em relação ao ato estatal é capaz, portanto, de impedir o manejo do princípio.

Tem prevalecido na doutrina alemã e na jurisprudência do TCFA a idéia de que uma expectativa só será digna de tutela se o seu titular tiver realizado atos concretos capazes de demonstrar a confiança depositada no Estado³⁸. Em sede legal, a lei alemã de processo administrativo federal (LAPAF) também tem exigido, ordinariamente, que o particular tenha, em função da confiança depositada em um dado ato estatal, agido de uma forma tal que o seu desfazimento seja inaceitável ou mesmo impossível³⁹. A confiança precisa ser “*colocada em funcionamento*” (*ins Werk gesetzt*), uma vez que ela apenas ganha relevância jurídica quando se exterioriza por meio de atos concretos⁴⁰. A confiança só é, no dizer da maioria da doutrina, tutelável

38 Sobre o assunto, consulte BVerfGE 75, 246, BVerfGE 31, 94 e BVerfGE 76, 256. Na doutrina, consulte: MUCKEL, Stefan. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989, p. 96-97; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*. München: C. H. Beck, 1971, p. 295; MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 15., überarbeitete und ergänzte Auflage. München: C. H. Beck, 2004, p. 292; WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen zwischen Rückwirkungsverbot und Kontinuitätsgebot*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005, p. 60, e HEUKELS, Ton. *Intertemporales Gemeinschaftsrecht. Rückwirkung, Sofortwirkung und Rechtsschutz in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften*. Baden-Baden: Nomos, 1990, 173. STEFAN MUCKEL, por exemplo, alude ao “investimento” feito pelo particular que confiou na manutenção da estabilidade de uma situação jurídica. MUCKEL, Stefan. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989, p. 79. ANNA LEISNER-EGENSPERGER apresenta como uma das condições para o emprego do princípio da proteção da confiança o exercício efetivo da confiança, isto é, a sua colocação em funcionamento mediante a prática de atos concretos (*Ins-Werk-Setzen*). Ibidem, p. 462.

39 Merece consulta o §48, inciso II, segunda frase da LAPAF que preceitua o seguinte: “a confiança é ordinariamente digna de tutela se o particular favorecido com o ato tiver utilizado o benefício ou tiver realizado uma disposição patrimonial que não possa mais ser desfeita ou que apenas possa ser desfeita de forma irrazoável”. No original: *Das Vertrauen ist in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte gewährte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann.*”

quando servir de fundamento para um comportamento específico daquele que confia (*Grundlage für das Verhalten des Vertrauenden*)⁴¹. Seguindo esse raciocínio, o efetivo exercício da confiança (*Betätigung des Vertrauens*) se torna imprescindível para que uma expectativa pudesse ser protegida⁴².

Como quarta condição para a adoção do princípio da proteção da confiança, existe a necessidade de ocorrência de um compor-

40 MUCKEL, Stefan. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989, p. 97. No dizer de SCHWARZ, apenas merece a proteção da confiança aquele que exerceu sua confiança, vale dizer, aquele que, acreditando na continuidade de uma norma, colocou sua confiança em funcionamento (*ins Werk gesetzt*). SCHWARZ, Kyrill-A. *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip. Eine Analyse des nationalen Rechts des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen*. Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit. Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 120; GRABITZ, Eberhard. *Vertrauensschutz als Freiheitsschutz*. *DVBl (Deutsches Verwaltungsblatt)*, Ano 88, Heft 18. Köln e Berlin: Carl Heymanns, setembro de 1973, p. 683. Segundo HORST SUCKOW e HOLGER WEIDEMANN, “a confiança apenas será, em regra, tutelável quando os benefícios concedidos forem consumidos ou quando tiver ocorrido uma disposição patrimonial que não puder ser desfeita ou cujo desfazimento produza efeitos negativos desproporcionais”. No original: “*Das Vertrauen ist in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte gewährte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er noch mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann*”. SUCKOW, Horst; WEIDEMANN, Holger. 14. überarbeitete Auflage. *Allgemeines Verwaltungs- und Verwaltungsrechtsschutz. Grundriss für die Aus- und Fortbildung*. Deutschland: Deutscher Gemeindeverlag e Kohlhammer, 2004, p. 163.

41 Embora CLAUD-WILHELM CANARIS reconheça ser necessária a prática de atos pelo particular com amparo na confiança, ele próprio aceita que, em algumas circunstâncias, será difícil atestar a ocorrência de um ato particular nesse sentido. Como exemplo, ele cita a hipótese em que um particular crê, com base numa interpretação equivocada provocada pelo Estado, que sua aposentadoria será concedida num valor superior ao efetivamente devido. Seria, na visão de CANARIS, muito difícil para o particular fazer prova de que teria tomado outras precauções para a sobrevivência na sua idade, caso soubesse de sua verdadeira situação. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*. München: C. H. Beck, 1971, p. 510 e 513.

42 RÜBERG, Burkhard. *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co., 1977, p. 111; SCHWARZ, Kyrill-A. *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip. Eine Analyse des nationalen Rechts des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen*. Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit. Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 307.

tamento estatal desviante daquele primeiro que fez surgir uma expectativa legítima. Além do ato ou omissão inicial que serve de base da confiança, é preciso que exista um outro em sentido contrário. É na divergência entre duas, ou mais, manifestações volitivas que uma expectativa poderá ser frustrada. E, além disso, será preciso que a alteração normativa seja desfavorável para o particular⁴³. Se a modificação do ordenamento lhe trouxer apenas benefícios, não faz sentido a adoção do princípio da proteção da confiança.

Um dos temas mais tormentosos em relação ao emprego do princípio da proteção da confiança é quanto à sua plena adoção quando se tratar de atos praticados pelo Poder Judiciário. A despeito de a doutrina majoritária aceitar o emprego do princípio da proteção da confiança em relação aos atos do Judiciário⁴⁴, não há unanimidade quanto ao tema. ANNA LEISNER sustenta, por exemplo, que o princípio da proteção da confiança não serve para bloquear modificações na jurisprudência. Segundo ela, a situação não seria equivalente à de uma alteração legal, pois a norma legal teria efetivamente existido, enquanto que a posição judicial antiga seria uma má-compreensão do Direito. Dessa forma, não haveria, para ela, um direito do particular à confiança na percepção antiga e ruim de um juiz. Não existiria uma confiança digna de tutela (*kein schutzwürdiges Vertrauen*)⁴⁵. Discordamos. A despeito de uma jurisprudência antiga poder ser definida como uma má-compreensão do Direito vigente, ela não deixa

43 MAURER, Hartmut. *Staatsrecht. Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*. München: C. H. Beck, 1999, p. 230.

44 Por todos, consulte BERNHARD KNITTEL. *Ibidem*, p. 137.

45 A despeito de entender que o princípio da proteção da confiança não tem aplicação na hipótese de modificação de uma jurisprudência consolidada, a professora ANNA LEISNER mitiga a sua posição ao defender que um princípio distinto, o princípio da continuidade do ordenamento, vedaria mudanças bruscas em posicionamentos judiciais. Para ela, haveria uma sujeição de todos os tribunais à obrigação de evitar, ao máximo possível, a elaboração de decisões inesperadas e surpreendentes. LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 538-541 e 630.

de ser um efetivo entendimento, não deixa de produzir efeitos durante o período em que é aplicada. Isso é mais que suficiente para tornar necessária a proteção de uma expectativa legítima.

A opinião jurídica exteriorizada por um advogado acerca do real alcance de uma determinada lei não leva em conta apenas o teor do seu texto, mas considera, sobretudo, o modo como os tribunais a interpretam⁴⁶. Quando um parecerista faz uma recomendação ao seu cliente, ele não menciona, unicamente, os textos legais pertinentes, mas também a jurisprudência sobre a matéria⁴⁷. Atualmente tem havido, inclusive, uma crescente valorização dos precedentes que se tornam, especialmente quanto ao seu caráter vinculativo, cada vez mais semelhantes aos dispositivos legais⁴⁸.

Inquestionavelmente, o Poder Judiciário tem plena condição de afetar negativamente as expectativas de um particular. Seja em razão de uma interpretação equivocada de uma lei por um juiz, ou mesmo por conta de substanciais mudanças na realidade, novas orientações judiciais são freqüentemente demandadas e isso poderá provocar a frustração de expectativas⁴⁹.

46 ARNDT, HANS-WOLFGANG. *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1974, p. 1.

47 LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 537.

48 No mesmo sentido, PATRÍCIA MELLO. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2007, p. 55.

49 Releva ressaltar que a frustração da confiança individual pode decorrer de alterações na jurisprudência já consolidada, mas também, como salienta BEATRICE WEBER-DÜRLER, pode ter como origem alterações em regimentos internos de Tribunais e orientações equivocadas prestadas por servidores do Judiciário. WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 1983, p. 10. Assim como qualquer poder estatal, o Judiciário tem total condição de criar uma expectativa através de suas decisões. Inúmeros comportamentos são influenciados por seus pronunciamentos e isso se intensifica quando as deliberações são oriundas de tribunais superiores. Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO, "também a atividade jurisdicional (...) deve se orientar pelo princípio da segu-

III. Lei de falências e a tutela da confiança

Ao longo do seu texto, a Lei nº 11.101 preocupou-se com a tutela da expectativa legítima dos sujeitos afetados pela incidência de suas regras. Dentre os dispositivos legais, os que mais chamam a atenção são os artigos 39, §§2º e 3º, artigo 60 parágrafo único, artigo 141 inciso II e artigo 199, normas que passamos a comentar especificamente.

3.1. Artigo 39, §§2º e 3º

O artigo 39, §§ 2º e 3º possui a seguinte redação:

§ 2º As deliberações da assembléia-geral não serão invalidadas em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos.

§ 3º No caso de posterior invalidação de deliberação da assembléia, ficam resguardados os direitos de terceiros de boa-fé, respondendo os credores que aprovarem a deliberação pelos prejuízos comprovados causados por dolo ou culpa.

O §2º acima transcrito busca preservar decisões assembleares que tenham sido tomadas sem a observância, reconhecida judicial-

rança jurídica. Do ponto de vista prático, isso significa que as decisões do Poder Judiciário devem ser razoavelmente previsíveis”. BARROSO, Luís Roberto. Recurso extraordinário. Violação indireta da Constituição. Ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In: Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2005, p. 284. Em outro trabalho, um parecer sobre a mudança de orientação do STF em matéria tributária (IPI), BARROSO também demonstrou preocupação com o respeito às expectativas dos contribuintes que acreditaram na jurisprudência pacífica do STF. Segundo ele, o novo entendimento da Corte constitucional brasileira sobre o referido tema apenas deveria ter efeitos prospectivos (*ex nunc*). BARROSO, Luís Roberto. Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. *Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais*. *Revista de Direito do Estado*, nº 2, Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho, 2006, p. 287.

mente, dos preceitos legais quanto aos créditos, sua classificação e seus montantes.

Trata-se de uma forma de tutela da confiança daqueles beneficiados com a deliberação da assembleia-geral de credores. A lei não chega a impedir que a decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos produza efeitos. Ela até poderá gerar consequências, tal como, por exemplo, a de assegurar o recebimento de uma indenização em favor da parte prejudicada com a decisão da assembleia. O que a lei veda basicamente é que o Poder Judiciário decida de forma a invalidar, a retirar do mundo, decisões da assembleia que atingiram terceiros. Ainda que a decisão da assembleia tenha sido tomada com lastro em um cômputo equivocado dos créditos, ela deverá prevalecer diante das expectativas que gerou nos seus destinatários. É o Estado, por meio de uma lei, tentando estabilizar relações jurídicas, de forma a evitar que o Poder Judiciário frustre expectativas legítimas dos que foram atingidos por uma decisão de assembleia-geral de credores.

Não se está a impedir uma atuação livre e independente do Poder Judiciário. Aliás, se este fosse o objetivo do dispositivo, ele seria de cristalina inconstitucionalidade. O intuito é outro. O que se pretende, na realidade é a preservação das expectativas legítimas dos destinatários das deliberações assembleares, mesmo que as decisões tenham sido tomadas de forma contrária ao que disposto na Lei nº 11.101. A desconstituição, pela via judicial, das decisões tomadas em assembleia pode tumultuar de forma tão intensa a vida dos que por ela são afetados, e inclusive o funcionamento regular do processo falimentar ou de recuperação, que o Legislador optou por preservar aquilo que restou decidido. Isso, no entanto, não impede, como acima já destacamos, que a parte prejudicada busque, inclusive judicialmente, a reparação dos prejuízos sofridos.

Por seu turno, o §3º acima transcrito vai ter em mente a tutela dos direitos de terceiros de boa-fé afetados por uma anulação de deliberação assemblear. O dispositivo não se restringe à invalidação da

assembleia por força de decisão judicial. Ainda que a anulação da deliberação assemblear não decorra de pronunciamento judicial, nos termos do que previsto no art. 39 §2º, da lei, os direitos de terceiros serão preservados. É mais um autêntico exemplo de previsão legal que busca a tutela das expectativas legítimas dos beneficiados pelas decisões assembleares.

3.2 Artigos 60 parágrafo único e 141 inciso II

A redação dos artigos 60 e 141 inciso II é a que está a seguir:

Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

(...)

II — o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

A essência dos dois dispositivos acima redigidos foi a de dar ao adquirente de ativos, unidades produtivas ou de filiais do devedor falido ou em recuperação uma segurança de que ele não responderá por dívidas anteriores ao ato de transferência.

Se de um lado a sucessão do adquirente nas obrigações/dívidas do falido ou daquele que se encontra em recuperação é algo que aparentemente beneficia os seus credores, especialmente os traba-

lhistas, por outro lado é uma consequência que poderia, na prática, inviabilizar o pagamento dos credores do falido ou mesmo o processo de recuperação. Dificilmente alguém se aventuraria a fechar um negócio sem saber exatamente os limites das suas responsabilidades, algo que a transferência automática das obrigações do alienante para o adquirente provoca. Se existe alguma chance de alienação de ativos de quem está falido ou em recuperação, ela dependerá de um tranqüilo reconhecimento de que o adquirente não responde pelo passivo anterior à aquisição. Além de a inexistência da transferência das obrigações para o adquirente facilitar a alienação de unidades produtivas, ela também facilita, no caso específico da recuperação, a continuidade da empresa, com a preservação dos empregos, bem como incrementa a possibilidade de os trabalhadores receberem os seus créditos com o produto arrecadado através da alienação.

Do ponto de vista do adquirente do estabelecimento, a expectativa de quem compra um ativo de um empresário em dificuldades é a de que o passivo anterior não seja transferido, especialmente porque isso está previsto em lei. Quando algum Juiz reconhece o contrário, transferindo o passivo para o adquirente do estabelecimento contrariamente ao que disposto na Lei nº 11.101, isso frustra uma expectativa legítima alicerçada em dispositivo legal. Isso acaba provocando comportamentos estatais contraditórios: de um lado o Legislador não permite a transferência da responsabilidade, de outro, o Judiciário decide o contrário.

Em boa hora, portanto, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade dos artigos 60 parágrafo único e do artigo 141 inciso II da Lei nº 11.101 formulado pelo Partido Democrático Trabalhista — PDT na ADIn nº 3.934⁵⁰, impedindo novos pronunciamentos judiciais que afastem as referidas regras legais. O relator, ministro Ricardo Lewandovski, defendeu, em tese acolhida pela maioria dos ministros da Corte, que

50 O julgamento da ADIn nº 3.934 foi noticiado no Informativo do STF nº 548.

não ofende a Constituição brasileira a regra que impede a transferência de responsabilidade para o adquirente de unidade produtiva ou de estabelecimento em processo falimentar ou em regime de recuperação. Ao longo do julgamento, houve, inclusive, destaque ao fato de a Lei nº 11.101/05 ter sido aprovada após um amplo debate envolvendo setores sociais por ela diretamente afetados, o que reforçaria a legitimidade das previsões legais combatidas na ADIn nº 3.934.

Ao reconhecer a constitucionalidade dos referidos dispositivos, o STF manteve a intenção do legislador de viabilizar o processo de recuperação e falimentar por conta da previsão de inexistência de responsabilidade por sucessão do adquirente do estabelecimento. Sob outro prisma, respeitou-se a confiança depositada por aqueles adquirentes de estabelecimentos e de unidades produtivas que, em razão da lei de falências, acreditavam que não responderiam pelas obrigações do alienante.

3.3. Artigo 199 §§1º e 2º

O artigo 199 tem o seguinte texto:

Art. 199. Não se aplica o disposto no art. 198 desta Lei às sociedades a que se refere o art. 187 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. § 1º Na recuperação judicial e na falência das sociedades de que trata o caput deste artigo, em nenhuma hipótese ficará suspenso o exercício de direitos derivados de contratos de locação, arrendamento mercantil ou de qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de suas partes. *(Renumerado do parágrafo único com nova redação pela Lei nº 11.196, de 2005)*

§ 2º Os créditos decorrentes dos contratos mencionados no § 1º deste artigo não se submeterão aos efeitos da recuperação judicial ou extrajudicial, prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, não se lhes aplicando a ressalva contida na parte final do § 3º do art. 49 desta Lei. *(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)*

As modificações trazidas pela Lei nº 11.196 no artigo 199 tiveram como objetivo deixar claro que a ressalva da parte final do artigo

49 §3º da Lei de Falências não alcançaria as companhias de transporte aéreo.

A parte final do §3º do art. 49 da Lei nº 11.101 prescreve que o proprietário fiduciário, o arrendador mercantil, o proprietário ou promitente vendedor de imóvel com cláusula de irrevocabilidade e o proprietário em contrato de venda com reserva de domínio não poderão, durante os 180 dias do deferimento do processamento da recuperação, vender ou retirar do estabelecimento do devedor os bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. O objetivo aqui foi o de viabilizar o processo de recuperação, impedindo que os bens indispensáveis para a regular continuidade da atividade empresarial fossem retirados da posse do devedor durante o período de suspensão. Trata-se de uma regra bem lógica, mas que não poderia frustrar as expectativas legítimas daqueles credores que contavam com a possibilidade de retomada imediata dos bens de que são proprietários. No caso específico das instituições credoras das companhias aéreas, a regra da parte final do §3º acima mencionado trouxe uma desagradável surpresa. Antes da Lei nº 11.101 vir a lume, as companhias aéreas sequer se sujeitavam às normas gerais em matéria de concordatas (art. 187). Portanto, a proibição de pleno exercício do direito de propriedade por parte das instituições credoras durante o período previsto no art. 6º, §4º, da Lei nº 11.101 trouxe uma grande injustiça no caso específico dos credores de companhias aéreas. Além de interferir inconstitucionalmente em atos jurídicos perfeitos, de forma a criar obstáculos contra a sua efetividade, a redação original da Lei nº 11.101 violou expectativas legítimas dos credores das companhias aéreas que, da noite para o dia, ficaram impossibilitados de exercer seus direitos assegurados contratualmente.

Em razão da situação peculiar das companhias aéreas, o artigo 122 da Lei nº 11.196 deu nova redação ao artigo 199 da Lei nº 11.101, nele introduzindo dois parágrafos que afastam qualquer dúvida de que a suspensão prevista no §4º do art. 6º da referida lei não terá aplicação em relação às companhias aéreas.

Em suma, a alteração legal teve o intuito de preservar a expectativa legítima das instituições financeiras credoras das companhias aéreas de poderem exercer os seus direitos de propriedade nos termos do art. 49 §3º sem a sua ressalva final. O Estado não poderia inviabilizar que as expectativas legítimas dos credores, lastreadas em pactos já firmados, pudessem ser destruídas em favor das companhias aéreas devedoras. E não podemos nem mesmo dizer que houve um privilégio injusto em favor dos credores de companhias aéreas, pois a situação deles sempre foi distinta, uma vez que, antes da Lei nº 11.101, as companhias aéreas sequer se submetiam ao regime de concordata. Aqui, portanto, mais uma vez o princípio da proteção da companhia desempenhou o papel de evitar uma súbita mudança do ordenamento jurídico capaz de instabilizar relações jurídicas já travadas e em andamento.

IV. Conclusões

Em face de tudo que foi apresentado, é possível indicar as seguintes conclusões:

1. O Estado tem como uma de suas missões criar um ordenamento jurídico dotado de previsibilidade e que tenha condições de proporcionar um tranquilo desenvolvimento da atividade empresarial. Inesperadas e substanciais mudanças das normas jurídicas são capazes de frustrar legítimas expectativas e de impedir o pleno desenvolvimento econômico de um país. Nesse contexto, o princípio da proteção da confiança terá um relevante papel.

2. O emprego do princípio da proteção da confiança depende da observância de quatro condições: i) a base da confiança, ii) a existência subjetiva da confiança, iii) o exercício da confiança através de atos concretos e iv) o comportamento estatal que frustre a confiança. A aferição detida do preenchimento dessas quatro condições evita o emprego irresponsável do princípio da proteção da confiança como vem ocorrendo no Brasil em relação a outros princípios tão relevan-

tes, como é o caso do princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. O princípio da proteção da confiança não pode ser encarado como uma panaceia.

3. Ao longo de alguns de seus dispositivos, a Lei nº 11.101 impediu a frustração de expectativas legítimas daqueles que se relacionam com o devedor falido ou em estado de insolvência. Isso ocorreu de forma hígida nos artigos 39, §§2º e 3º, artigo 60 parágrafo único, artigo 141 inciso II e artigo 199 da legislação falimentar, todos dispositivos que cumpriram a missão de estabilizar relações jurídicas e de evitar surpresas injustas em situações de insolvência.