

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 12

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

Rio de Janeiro
janeiro / junho de 2013

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. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Ivan Garcia, 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 Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas deste número: Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Eduardo Takemi Kataoka (UERJ), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Rodrigo Rocha Monteiro de Castro (Mackenzie – SP) e Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:

ISSN 1983-5264

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

Revista semestral de direito empresarial. — nº 12 (Janeiro/Junho de 2013)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no primeiro semestre de 2015.

**A HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO PLANO DE
RECUPERAÇÃO: ENTRE O CONTROLE DE LEGALIDADE E
O RESPEITO À LIBERDADE CONTRATUAL¹**

**THE JUDICIAL HOMOLOGATION OF THE REORGANIZATION
PLAN: BETWEEN THE LEGALITY CONTROL AND THE
RESPECT TO THE FREEDOM OF CONTRACT**

Marcus Vinicius Alcântara Kalil

Resumo: Trabalho que se propõe a investigar a nova repartição de competências entre os envolvidos no processo de recuperação judicial. Busca-se distinguir a análise da viabilidade econômico-financeira do plano de recuperação daquela relativa ao controle de sua legalidade, a fim de, considerando-se a natureza jurídica negocial do procedimento de recuperação de empresa, identificar quais estão sujeitos ao crivo judicial no momento da homologação do plano aprovado pela assembleia de credores.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Homologação judicial do plano de recuperação. Controle de legalidade. Liberdade contratual.

Abstract: This paper aims to investigate the new division of responsibilities between the parties involved in judicial reorganization proceedings. It seeks to distinguish the economic and financial analysis of the reorganization plan from the analysis related to the control of legality, in order to identify, considering the contractual nature of the judicial reorganization, which aspects of the reorganization plan may be subject to judicial scrutiny at the moment of the judicial homologation of the plan approved by the creditors assembly.

¹ Artigo recebido em 02.03.2015 e aceito em 06.03.2015.

Keywords: Judicial Reorganization. Judicial homologation of the reorganization plan. Legality control. Freedom of contract.

Sumário: 1. Introdução. 2. A natureza contratual da recuperação judicial: um retorno às origens da concordata. 3. A competência da assembleia de credores para a apreciação da viabilidade econômica do plano de recuperação. 4. Da impossibilidade de avaliação judicial dos aspectos econômicos do plano aprovado: a homologação judicial como um ato vinculado. 5. A atuação judicial: zelo pela regularidade procedimental e coibição de convenções ilícitas. 6. Considerações finais.

1. Introdução.

Os regimes aplicáveis à insolvência empresarial estão atualmente disciplinados pela Lei 11.101/2005, que trata, de um lado, do já tradicional instituto da falência, cujo procedimento, caracterizado como uma execução concursal, visa à liquidação judicial do patrimônio do devedor insolvente e o pagamento de seus credores segundo os privilégios legalmente estabelecidos, e, de outro lado, do novel instituto da recuperação de empresa, nas modalidades judicial e extrajudicial, cujos procedimentos visam a permitir ao empresário em crise a apresentação de um plano de recuperação, que, se aprovado pelos seus credores, será posto em prática pelo próprio devedor, na tentativa de superação dessa crise.

A recuperação de empresa vem, assim, substituir o regime instituído pelo Decreto-lei nº 7.661/1945, ali incoerentemente denominado de *concordata*, e restabelecer o acordo de vontades entre o devedor e seus credores como condição necessária para a execução

de um plano de recuperação das condições econômico-financeiras de exercício da atividade empresarial.

Essa retomada da vontade dos credores como elemento necessário à concessão da recuperação representa uma mudança significativa no espírito da disciplina legal da matéria, pois desloca o poder decisório, antes nas mãos do magistrado e baseado na verificação de pressupostos meramente formais estabelecidos na lei, para a relação negocial devedor-credores, restando ao juízo a atribuição de apenas homologar o plano aprovado pelos interessados, desde que lícito.

A redistribuição dos poderes e atribuições entre os participantes da recuperação de empresa enseja uma reflexão sobre o novo papel do juiz nesse processo, pois a este já não cabe conceder a recuperação conforme seu próprio convencimento, mas somente acolher a manifestação de vontade das partes, o que, todavia, não o exime do poder-dever de zelar pela regularidade do procedimento e pela legalidade do plano aprovado. Tal poder, porém, não o autoriza a violar a liberdade contratual de que gozam as partes em suas tratativas, de forma que muito cuidado deverá ter o magistrado na distinção entre as questões sujeitas ao seu crivo e aquelas sujeitas ao exclusivo critério de conveniência dos contratantes.

Investigar os limites desse delicado equilíbrio é o desafio a que se propõe o presente trabalho, e que vem enfrentado nas linhas seguintes.

2. A natureza contratual da recuperação judicial: um retorno às origens da concordata.

Em que pese alguns autores apontarem como fonte inspiradora dos mecanismos de reajustamento financeiro do empresário insolvente a figura do *pactum ut minus solvatur* do direito romano, pela qual os herdeiros do devedor falecido em situação de insolvência ajustavam com os credores deste a liquidação dos créditos segundo as forças da

herança, de forma a evitar que a memória do *de cuius* ficasse marcada pela infâmia, a melhor doutrina comercialista tem por verdadeira origem da moderna concordata a prática surgida nas corporações de mercadores das cidades medievais italianas, de celebração de acordos entre o comerciante em dificuldades e os seus credores, visando a evitar a falência².

Tal prática desenvolveu-se naturalmente a partir do exercício da liberdade de disposição e da liberdade de contratar, pois, como descreve WALDEMAR FERREIRA³,

Não é demasia que, em suas aperturas financeiras, senão mesmo econômicas, o devedor comerciante procure entender-se com seus credores ou, ao menos, com os mais tolerantes, para que alonguem os prazos de suas dívidas vincendas. É isso comum. Corriqueiro. Reformam-se títulos, amortizando parte e substituindo por outros de menores quantias, acrescidas dos respectivos juros. Novam-se dívidas, às vezes mediante garantias, fidejussórias ou reais. Tudo isso no regime da liberdade contratual, discretamente, para que se não conturbe o crédito do devedor, embaraçado transitóriamente. A publicidade o envolveria em atmosfera de descrédito, criando desconfiças, que lhe provocariam a falência.

Assim é que prossegue o mesmo autor, agora com base na lição de EDMOND THALER, explicando que

foram os italianos que fizeram surgir da falência a teoria da concordata, que a noção do sindicato de credores trazia, de qualquer sorte em germe, em suas origens longínquas. Onde os credores se agrupam e se associam,

² Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. VIII, p. 329 et seq; FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 15, p. 245 et seq; REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 2, p. 1 et seq.; VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. III, p. 99 et seq.

³ FERREIRA, Waldemar. *Ibid.* p. 245-246; 258-259.

por vontade da lei, para a realização do penhor, suportando os ônus e auferindo as vantagens comuns, devem êles poder tomar deliberações coletivas, nas quais a opinião da maioria prevaleça; e se essas deliberações tiverem por fim a reposição do devedor à testa de seus bens, como solução mais de acôrdo com os interêsses gerais, convém que todos se inclinem diante dela.

A sistemática dos acordos entre devedor e credores como procedimento de recuperação do comerciante insolvente estava presente nos primórdios do direito falimentar brasileiro, notadamente nas disposições do Código Comercial de 1850, cujo artigo 842 admitia a possibilidade de o falido propor uma concordata aos seus credores, suspendendo a falência⁴. Essa possibilidade foi ampliada pelo Decreto nº 917, de 1890, que introduziu também a *concordata preventiva* e o *acordo extrajudicial*⁵. Tais institutos foram mantidos com pequenas alterações pela Lei nº 859, de 1902, assim como pelo Decreto nº 2.024, de 1902, e pelo Decreto nº 5.647, de 1929.

Formatada nesses termos, a concordata era classificada pela doutrina pátria como um instituto eminentemente contratual, como se vê nas lições de WALDEMAR FERREIRA⁶, para quem ela se apresentava

⁴ “Art. 842. Ultimada a instrução do processo da quebra, o Juiz comissário, dentro de oito dias, fará chamar os credores do falido para em dia e hora certa, e na sua presença se reunirem, a fim de se verificarem os créditos, se deliberar sobre a concordata, quando o falido a proponha, ou se formar o contrato de união, e se proceder à nomeação de administradores.”

⁵ “Art. 41. Qualquer que seja o parecer do curador fiscal e dos syndicos, o fallido ou seu representante poderá apresentar proposta de concordata, apoiada ou não anteriormente pelos credores; Art. 45. Para ser válida a concordata, deverá ser concedida por credores que representem no minimo 3/4 da totalidade dos creditos reconhecidos verdadeiros e admittidos no passivo, com exclusão dos credores da massa e de dominio (reivindicantes), separatistas, privilegiados e hypothecarios; Art. 120. O devedor, com firma inscripta no registro do commercio, que antes de protesto por falta de pagamento de obrigação commercial liquida e certa, tiver feito extrajudicialmente algum accordo ou concordata com os credores representando pelo menos 3/4 da totalidade do passivo, deverá requerer sem demora a homologação pelo juiz commercial com jurisdição na séde de seu principal estabelecimento e, obtida ella, não poderá ser declarado fallido.”

⁶ FERREIRA, Waldemar. Op. cit., p. 262.

“como expressão de entendimento ou de acôrdo entre o comerciante e seus credores; e, como tal, de iniludível natureza contratual”, e de CARVALHO DE MENDONÇA⁷, segundo quem, “dominada por princípios jurídicos que lhe são peculiares, a concordata não perde, entretanto, a sua feição contratual”. Assim também observou RUBENS REQUIÃO⁸, anotando que o direito brasileiro filiou-se, até o advento do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, à teoria contratualista da concordata.

No entanto, com a edição do referido Decreto-lei nº 7.661, o direito falimentar brasileiro distanciou-se do conceito da *concordata-contrato* e aderiu à teoria oposta, da *concordata-sentença*, pela qual a concessão do regime especial ao comerciante em dificuldades dispensava a aprovação dos seus credores e dependia apenas do provimento judicial ou, nas palavras de RUBENS REQUIÃO⁹, do “favor concedido pelo Estado, por sentença do juiz, ao comerciante honesto, porém infeliz em seus negócios”.

TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE¹⁰ justifica a opção do legislador de 1945 pelas, na sua opinião, não superadas fragilidades da teoria contratualista, pois, diz, comungando com os adeptos das teorias processualistas, os credores ausentes ou dissidentes não poderiam se vincular à concordata, sob pena de violação do princípio da relatividade dos contratos. Para ele, a dificuldade de obtenção da anuência da unanimidade dos credores do comerciante falido ou prestes a falir “fêz cedo surgir a necessidade de um elemento que imprimisse ao acôrdo fôrça obrigatória”, consubstanciado na concordata-sentença, a qual explica como sendo

uma demanda que se inicia com a proposta do devedor e prossegue, segundo as prescrições processuais, até a sentença, que rejeita ou homologa o pedido do devedor. Partes na causa são, de um lado, o devedor e, do outro,

⁷ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Loc. cit.

⁸ REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p. 12.

⁹ REQUIÃO, Rubens. Loc. cit.

¹⁰ VALVERDE, Trajano de Miranda. Op. cit., p. 105.

todos os credores, aceitantes ou dissidentes da concordata, conhecidos e desconhecidos. O conjunto dos credores constitui, como litisconsortes, uma só parte na causa, pois se trata de ação de concurso, que não pode ser decidida senão de um modo único e com força obrigatória para todos os credores. A vontade da maioria dos credores quando devidamente manifestada, não é senão um dos elementos para o juiz conhecer da causa. E da sentença nela proferida, homologando o pedido do devedor, é que decorre a força obrigatória da concordata.

Essa reviravolta na concepção do instituto não escapou de críticas, valendo anotar, a título de exemplo, a feita por RUBENS REQUIÃO¹¹, que aponta a incoerência entre o grau de exigências feitas a qualquer um que pleiteie um financiamento ou incentivo oficial (previsões e projetos de viabilidade, além de garantias pessoais e reais) e a superficialidade com que é concedido “um benefício de larga repercussão econômica e social”, como considera a concordata, com base “apenas em discutíveis pressupostos formais, sem a mínima preocupação de análise dos planos que se pretende adotar para cumpri-los”.

WALDEMAR FERREIRA¹², por sua vez, sustenta que o novo regime concordatário, sem corrigir os apontados defeitos da *concordata autêntica*, subverte os papéis do devedor e dos credores, desprezando a vontade destes, da qual dependia o primeiro para executar o seu plano de recuperação, e colocando-os numa posição de dependência do devedor para receberem os seus créditos, cujos pagamentos somente começavam após a prolação da sentença de concessão da concordata.

E, complementa o autor, considerando a morosidade usual dos processos judiciais (ainda uma realidade atual, vale registrar):

Nesse tempo, estando na posse de seu estabelecimento, continuando nos seus negócios, com o refazimento dos

¹¹ REQUIÃO, Rubens. Ibid. p. 3.

¹² FERREIRA, Waldemar. Op. cit., p. 268.

seus estoques a dinheiro e até mesmo a prazo, adquirindo novos credores, o concordatário, em posição vantajosa, minados seus credores antigos pelo cansaço da espera, mais não terá senão do que “comprar-lhes os créditos”, mediante pagamento de porcentagens mesquinhas.

Havendo vigorado por seis décadas, o Decreto-lei nº 7.661/1945 foi revogado, em 2005, pela Lei nº 11.101, que extinguiu o regime da concordata e instituiu a figura da recuperação judicial de empresas, com o seu rito especial, no qual a concessão da recuperação passou a depender da aprovação do plano de recuperação pelos credores. Esta reinserção do regime da crise empresarial na órbita do Direito dos Contratos impõe uma reavaliação das balizas aplicáveis na solução dos conflitos de interesses surgidos no âmbito de uma recuperação empresarial, pois, à luz dos princípios que regem o ato de contratar, não é mais exigível o puro e simples sacrifício dos credores em prol da recuperação do empresário insolvente, tampouco uma conduta egoísta desses credores em prejuízo do devedor ou mesmo do interesse público será necessariamente ilegítima.

3. A busca pela solução negociada e a competência da assembleia de credores para a apreciação da viabilidade econômica do plano de recuperação proposto pelo devedor.

Abandonada a ideia da recuperação empresarial mediante um favor legal concedido pelo Estado ao empresário em crise, independentemente da anuência dos credores deste, o foco agora se volta para o contrato, alçado à condição de elemento-chave do *turn around* do devedor em vias de insolvência. Diversamente da concordata, a recuperação judicial é o procedimento que tem como fim não a obtenção da decisão judicial salvadora e indiferente à vontade dos credores, mas a criação de um ambiente idôneo e propício para que o devedor negocie com estes uma saída para a crise.

O juízo recuperacional deve, pois, concentrar-se em manter a regularidade desse procedimento e a licitude do acordo que dele resulta. Ao seu turno, têm as partes contratantes a liberdade própria dos negócios jurídicos, para buscarem um consenso de vontades que melhor atenda aos seus interesses.

Assim, se de um lado é certo que a liberdade contratual não é plena e absoluta, pois, como regra geral, todo contratante está adstrito aos limites impostos pela ordem pública; de outro lado, não é menos verdadeiro afirmar que, no exercício de sua liberdade de agir, o contratante não está obrigado a sacrificar sua propriedade em favor dos interesses do devedor ou mesmo em favor de um interesse geral que possa existir em que este continue exercendo sua atividade. Aliás, a própria ideia de que há interesse público na continuidade de empresas que dependam de sacrifícios alheios para se manterem é questionável.

Logo, a aprovação do plano de recuperação por cada credor participante da assembleia de credores é resultado de seu próprio *juízo de conveniência* a respeito da proposta do devedor. Se ele considera que os meios de recuperação apresentados pelo devedor são viáveis, que o devedor tem capacidade para executá-los e que o plano de recuperação, uma vez cumprido, lhe trará um benefício maior do que a alternativa da falência deste devedor, então ele votará favoravelmente a esse plano. Se, ao contrário, sua avaliação é negativa a respeito dos meios de recuperação escolhidos, da capacidade do devedor ou do efetivo benefício de uma nova chance ao devedor, ele votará pela rejeição do plano de recuperação.

Os votos dos credores são proferidos na assembleia de credores, a quem compete, nos termos do art. 35, inciso I, alínea “a”, da Lei de Falências “deliberar sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação apresentado pelo devedor”. Alberto Camiña Moreira¹³ destaca a taxatividade da lei e anota que

¹³ MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. *Direito*

“ao atribuir a esse órgão do processo concursal tal atribuição, a lei o fez em tom de exclusividade. Nenhum outro órgão recebeu, concorrentemente, tal tarefa; nem o juiz”.

Na apreciação do plano de recuperação, a postura do credor, de fato, é egoísta, mas não por isto ilegítima, pois, assim como o devedor, ele age de acordo com a regra geral dos contratos bilaterais, segundo a qual estes são celebrados porque cada um dos contratantes atribui ao bem em poder do outro um valor maior do que ao bem em seu próprio poder e acha que sua situação ficará melhor com a realização da troca¹⁴. Nessa ordem de ideias, o devedor propõe o negócio, pois avalia que a renovação do seu crédito perante os credores, mesmo que condicionada à adoção das medidas previstas no plano, é uma alternativa melhor para ele do que o resultado do agravamento de sua crise e o credor aceita essa proposta, pois acredita que tem chances de receber o seu crédito em melhores condições com o sucesso do plano de recuperação do que com a decretação da falência.

Neste ponto é preciso lembrar também que aprovar um plano de recuperação representa para o credor sujeitar-se a um novo risco de crédito, que não é mais aquele ao qual aceitou expor-se no momento da concessão do crédito original. Este aspecto tem especial relevância no exame da postura do credor, uma vez que, sob o amparo do direito fundamental à liberdade de contratar, ele não está obrigado a renovar seu crédito ao devedor. Forçá-lo a isto, como ocorria na concordata-sentença, privando-o do direito de executar singular ou coletivamente o seu crédito inadimplido, sobretudo em benefício de um devedor cujo patrimônio está ameaçado pela crise, pode significar para o credor uma verdadeira expropriação, em prol de um suposto interesse

Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 245-274.

¹⁴ Sobre o contrato como instrumento de geração de riquezas, *vide* TIMM, Luciano Benetti; Guarisse, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil.* São Paulo: Atlas, 2012. p. 160-179.

público, porém sem qualquer compensação por parte do Estado ou da coletividade beneficiada, o que se caracterizaria um inadmissível confisco. Note-se, para uma rápida comparação, que mesmo nos casos de desapropriação, cujo fundamento é o declarado interesse público no bem a ser desapropriado, o proprietário desse bem faz jus a uma compensação a cargo do ente expropriante. Como se justificaria, então, a modificação dos direitos do credor sobre o seu crédito (propriedade) em prol de um suposto interesse público sem a respectiva compensação?

Feitas essas observações e entendido o fundamento da motivação dos credores, fica claro que não se pode esperar deles simplesmente um comportamento altruísta, sob pena de se perder o contato com a realidade. Vale repetir que isto, contudo, não torna ilegítima a rejeição de um plano de recuperação pela assembleia de credores.

Em primeiro lugar, porque em se tratando de uma manifestação de vontade coletiva, sujeita a quóruns qualificados e a critérios sofisticados de verificação das deliberações¹⁵, o seu significado deve ser interpretado com as devidas ponderações, de modo a se compreender que, se um plano de recuperação não logrou obter a aprovação da maioria qualificada da coletividade de credores, isto pode dever-se muito mais à má qualidade desse plano do que a uma alegável intransigência dos credores. De outro turno, um plano factível, equilibrado, proposto por um devedor confiável, capaz de oferecer aos credores expectativas de benefícios maiores que os respectivos sacrifícios tenderá a ter, na média, uma boa recepção de

¹⁵ Como regra, o plano de recuperação é aprovado por deliberação das quatro classes de credores da assembleia, sendo que nas classes dos titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho e dos titulares de créditos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte, a aprovação se dá pela maioria dos credores presentes, independentemente do valor de seus créditos; e nas classes dos titulares de créditos com garantia real e dos titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados, a aprovação se dá pelo critério duplo, de maioria dos credores presentes e maioria dos créditos presentes (Lei de Falências, arts. 41 e 45). A exceção fica por conta hipótese prevista no art. 58, § 1º, da mesma lei.

seus destinatários, com a conseqüente aprovação, restando filtradas as intransigências pontuais pelos critérios de tomada da deliberação assemblear.

Em segundo lugar, é preciso não perder de vista que a falência é um “remédio amargo”, mas necessário, de modo que a rejeição do plano de recuperação, com a conseqüente decretação da quebra do devedor, não pode ser tomada como um fato a ser evitado a qualquer custo. Ao contrário disto, ela é uma medida urgente e necessária em determinadas situações. Com efeito, cumpre lembrar que o saneamento do meio empresarial, mediante exclusão dos agentes econômicos que ameaçam a circulação do crédito, é um dos mecanismos que permitem o atingimento do escopo maior da falência, que é a tutela geral do crédito, por ser este um instituto fundamental ao desenvolvimento econômico¹⁶. Esta tutela é provida com a manutenção de um ambiente no qual o crédito circule oferecendo o menor grau de risco possível, o que juntamente com outros fatores contribui para que tenha um custo menor. Devedores inadimplentes ou em crise provocam um aumento do grau de risco do crédito, desestimulando sua circulação e elevando o seu custo médio, razão pela devem ser retirados do mercado.

Sobre o contrassenso que é a tentativa de preservação da empresa economicamente inviável, vale a precisa lição de RACHEL SZTAJN¹⁷, que escreve:

A preservação de atividades não pode dar espaço para oportunismos, não deve servir como paliativo na transferência de riscos aos credores, sob pena de aumento do custo do crédito, que, em última análise, é o que deve orientar as deliberações. Não se perca o leitor no argumento de alguns que veem no *interesse social* fator que influirá na decisão de preservar a empresa em

¹⁶ Sobre o escopo da falência, cf. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 1, p. 21-23.

¹⁷ SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembleias de credores na Lei de Recuperação de Empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, nova série, Ano XLIV, nº 138, p. 53-70, abr./jun., 2005.

crise, ainda que falte o suporte econômico-técnico-financeiro para tanto, dadas a ilogicidade e irrazoabilidade de impor a particulares riscos econômicos que não atendem a parâmetros mínimos de economicidade.

Dito isto, é de se concluir que um empresário que, em razão de sua reputação ou de sua situação patrimonial, já não logra obter a renovação do seu crédito junto aos seus credores atuais, o que significa também que dificilmente conseguirá crédito junto a novos credores, deixa de reunir as condições para atuar eficientemente no mercado empresarial – e, com isto, pode-se dizer que deixa de cumprir sua função social – e passa a representar um fator de risco acentuado para a circulação do crédito. É fácil constatar também que a adoção de medidas artificiais de sobrevivência desse empresário, como as de intervenção do Estado para impor novas condições de pagamento dos débitos, não são capazes de renovar sua confiabilidade junto aos demais agentes econômicos, para os quais ele, pelo histórico recente de inadimplência, sobretudo para os seus credores atingidos pela moratória, continuará a ser visto como um mau pagador. O interesse público na manutenção de um ambiente empresarial sadio exige, pois, a exclusão de tais empresários do mercado, como concebido no instituto da falência.

Por fim, a correta avaliação da importância e do significado da deliberação da assembleia de credores acerca do plano de recuperação exige que se dissipe o falso conflito que, segundo alguns, existiria entre a decretação da falência, resultado imediato da rejeição do plano, e o princípio da preservação da empresa. Tal conflito, com a devida vênia dos que o apontam, não existe. Senão, veja-se.

De logo, registre-se que não se trata de um conflito entre interesses particulares e o interesse público, pois a abertura da execução concursal do patrimônio do devedor, não obstante atenda a um interesse imediato de satisfação dos credores do falido, visa, a rigor, a um objetivo maior, que é a tutela do instituto do crédito (tutela geral do crédito ou tutela do crédito *in abstracto*), o que faz por meio

do saneamento do mercado, com já visto. Há, portanto, um interesse público a fundamentar a decretação da falência quando o plano de recuperação é rejeitado, de modo que o conflito estabelecido é entre o *interesse público* na preservação da empresa e o *interesse público* na tutela geral do crédito, também importante para a própria atividade empresarial.

Quanto ao princípio da preservação da empresa, esclareça-se que este diz respeito à continuação da *atividade*, não da pessoa jurídica. Deste modo, a empresa (atividade), por ser o verdadeiro objeto do interesse público, é que deve ser preservada sempre que possível.

A preservação da empresa com o seu exercício pelo empresário original é apenas uma das alternativas e ocorre se ele, reorganizando-se, consegue restabelecer as condições econômico-financeiras necessárias para seguir atuando no mercado. De outra mão, a incapacidade de restabelecimento do empresário original não significa a impossibilidade de preservação da empresa, pois esta pode ser retomada por um *novo empresário*, mediante arrematação do estabelecimento do falido, segundo as formas preferenciais de realização do ativo previstas no art. 140 da Lei de Falências¹⁸. Neste caso, um terceiro é quem dá continuidade à atividade empresarial, atendendo de igual forma ao interesse público.

Do exposto conclui-se que não há incompatibilidade entre a decretação da falência e a preservação da empresa, de maneira que, mais uma vez com a devida vênia das opiniões contrárias, este princípio não pode ser validamente invocado como fundamento para afastar o efeito de deliberações dos credores contrárias a planos de recuperação sem perspectivas favoráveis.

Até aqui, tratou-se predominantemente da hipótese de os credores julgarem um plano de recuperação economicamente inviável

¹⁸ Conferir, a esse respeito, TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A preservação da empresa, mesmo na falência. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coords.). *Direito Recuperacional: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. v. 1, p. 517-534.

e o rejeitarem, para se sustentar a legitimidade dessa avaliação e a vinculação do ato judicial de decretação da falência a esta deliberação dos credores. No entanto, a hipótese inversa, de os credores aprovarem um plano de recuperação aparentemente ruim, também é factível e, nesse caso, a homologação do plano e a consequente concessão da recuperação judicial estarão igualmente vinculadas, sob o aspecto econômico, à decisão favorável dos credores.

Note-se que um plano de recuperação (contrato), proposto pelo devedor aos seus credores (contratantes), pode parecer prejudicial quando examinado isoladamente, mas, no contexto da atividade desses contratantes, proporcionar-lhes uma posição mais vantajosa do que a que eles teriam sem tal negócio; ou apresentar-se como uma opção melhor que a que esses credores vislumbram a alternativa da falência do devedor. São, pois, questões de cunho econômico, que, de acordo com o espírito da Lei de Falências, foram retiradas da competência do juízo recuperacional, como demonstrado na seção subsequente.

4. Da impossibilidade de avaliação judicial dos aspectos econômicos do plano aprovado: a homologação judicial como um ato vinculado à deliberação dos credores.

Dois critérios fundamentais norteiam os crivos por que passa o plano de recuperação antes de sua execução: a viabilidade econômica e a legalidade. O critério da legalidade, não há dúvidas, é aplicado em última instância pelo Poder Judiciário, a quem compete o exercício da jurisdição. O mesmo, no entanto, não ocorre com o critério da viabilidade econômica, para cuja aplicação se exigem habilidades que não são as próprias dos juristas e um poder decisório que está além da competência jurisdicional.

Apreciar a viabilidade econômica de determinado projeto nada tem a ver com o “dizer o direito”. Não é questão de cotejar o ato ou a conduta do agente econômico com as normas jurídicas, a fim de protegê-los ou coibi-los. É questão de avaliar se o retorno esperado de

determinada iniciativa supera os sacrifícios necessários à sua consecução (viabilidade econômica) ou não (inviabilidade econômica). É ainda, diante de todas as incertezas que acometem as *estimativas*, avaliar a probabilidade do retorno esperado (risco do negócio). Esse cálculo é matéria alheia ao direito. Falta ao magistrado, em regra, a habilitação técnica adequada para efetuar-lo e, até mesmo, legitimidade para tanto, uma vez que tais decisões implicam a exposição do patrimônio de terceiros ao risco do crédito.

Analisando sob esse viés a distribuição das atribuições dos participantes no processo de recuperação judicial, FREDERICO VIANA RODRIGUES¹⁹ anota que “a nova lei concursal brasileira lança mão do auxílio dos credores na decisão acerca dos destinos da empresa – não na qualidade de únicos interessados – mas antes como termômetro do mercado quanto à viabilidade econômica da empresa”.

Assim é que, havendo examinado e discutido a distinção entre os aspectos econômicos e legais presentes nos planos de recuperação à luz da Lei de Falências, a I Jornada de Direito Comercial²⁰ editou seu enunciado de número 46, concluindo que:

46. Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.

Não cabe, portanto, ao juízo recuperacional avaliar se, do ponto de vista econômico-financeiro, o plano de recuperação aprovado é bom ou ruim, justo ou injusto, viável ou inviável, pois a lei

¹⁹ RODRIGUES, Frederico Viana. Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, nova série, Ano XLIV, nº 138, p. 102-122, abr./jun., 2005.

²⁰ I JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, [23-24 de outubro de 2012, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Também disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/LIVRETO%20-%20I%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2014.

falimentar entendeu que, tratando-se de questões pertencentes à esfera dos direitos disponíveis dos credores, com estes estariam as melhores condições para apreciá-lo e, querendo, aprová-lo.

A *mens legis*, assim como sua interpretação sumulada pela Jornada referida acima, não deveria causar estranheza, pois encontra forte sustentáculo em um reconhecido princípio do nosso ordenamento jurídico, a saber, o princípio da liberdade contratual, pelo qual os contratantes são livres para decidir se contratam ou não, com quem contratam e qual o conteúdo dos contratos que celebram.

É o que ensina ORLANDO GOMES²¹, escrevendo que “o *princípio da autonomia da vontade* particulariza-se no Direito Contratual na *liberdade de contratar*”, a qual, complementa mais adiante, “abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade” (destaques do original).

A liberdade de estabelecer o conteúdo do contrato, como também já é sabido, encontra-se limitada apenas pela ordem pública, delineada nas imposições e vedações legais a que se sujeitam os agentes econômicos, que serão objeto de exame na próxima seção deste estudo. Nos espaços deixados pelas normas cogentes, porém, permanecem livres as partes para autodeterminar-se conforme sua vontade.

Ao princípio da liberdade contratual, que por si só justificaria a impossibilidade de apreciação judicial dos aspectos econômicos do plano de recuperação, acrescenta-se a natureza mercantil do negócio realizado entre o devedor e seus credores, em razão da qual sua apreciação está sujeita a uma racionalidade própria – a racionalidade econômica –, distinta dos critérios de juridicidade que presidem a decisão judicial.

²¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 14 ed., atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 22.

Escrevendo sobre o que chamou de vetores de funcionamento dos contratos mercantis, PAULA FORGIONI²² indaga: “A que vem determinado negócio? Qual a necessidade econômica das partes que ele visa a satisfazer?”; e responde às suas indagações, citando GIUSEPPE CHIOVENDA, nos seguintes termos:

Eis questões centrais da concepção, desenvolvimento e interpretação dos contratos interempresariais. “As partes não contratam pelo mero prazer de trocar declarações de vontade”, mas em vista de determinado *fin* que, no campo do direito empresarial, ser-lhes-á potencialmente *vantajoso*. Em qualquer hipótese, a contratação terá um objetivo, almejado *em conjunto* pelas empresas, isto é, *todo negócio tem uma função econômica e nessa função encontra sua razão de ser*. (Destques do original).

Os fundamentos econômicos da decisão de aprovação ou rejeição de um plano de recuperação consistem, pois, *i*) na aferição da capacidade desse plano de cumprir sua função econômica, consoante a definição trazida na lição acima, e *ii*) na avaliação da tolerância ao risco por parte do credor, por ser ele quem vai suportar as consequências dessa decisão. Daí porque a clara opção legislativa atual sistema brasileiro, levando ALBERTO CAMIÑA MOREIRA²³ a escrever que

uma das grandes inovações da nova lei é a de trazer os credores para o centro do processo concursal; eles que estiveram afastados dos processos em praticamente todo o século XX. O aprendizado, por certo, não é fácil; mas também é certo que eles não podem ser afugentados por decisão judicial que lhes supere a vontade legitimamente expressada na assembleia. A ser assim, ter-se-ia uma decisão judicial a contrariar a *ratio legis*, que é a de outorgar aos credores a mais ampla

²² FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 58-59.

²³ MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Loc. cit.

possibilidade de deliberar sobre os sacrifícios que poderão ter.

Feitas essas ponderações, é de se concluir que, mesmo que não tendo parecido bom aos olhos do juiz, se um plano atendeu aos critérios de conveniência dos credores, por representar uma posição vantajosa para estes no contexto de suas atividades, a decisão coletiva, manifestada pela deliberação assemblear legitimamente tomada, não poderá ser contrariada pelo magistrado, ao qual caberá restringir sua atuação ao exame da legalidade do procedimento e do ato jurídico dele resultante, como tratado a seguir.

5. A atuação judicial: o poder-dever de zelar pela regularidade procedimental e de coibir as convenções ilícitas.

Afirmar que o juízo recuperacional deve restringir-se ao controle da regularidade procedimental e da licitude do plano de recuperação não significa, de modo algum, menosprezar sua importância no processo de superação da crise empresarial.

A legitimidade do resultado desse processo, representado pela saída *negociada* da crise empresarial, depende necessariamente da regularidade procedimental e da legalidade do negócio jurídico ao final celebrado. Essa é a chave para a insuspeição das medidas de reorganização do devedor²⁴.

Destaque-se inicialmente que o resgate da teoria contratualista da concordata, com a roupagem atual da recuperação judicial, deveu-se, em muito, à superação das críticas oriundas da corrente processualista (concordata-sentença), de modo a se entender como possível a vinculação de toda a coletividade dos credores afetados

²⁴ Cf. KALIL, Marcus Vinicius Alcântara. A recuperação de empresas como meio insuspeito de reorganização empresarial. *Revista IBADIRE - Instituto Baiano de Direito Empresarial*, Salvador, p. 12-17, 01 jul. 2011.

pelo plano de recuperação, inclusive dos dissidentes e dos ausentes, à vontade da maioria colhida em assembleia.

Para que o plano de recuperação aprovado se caracterize como um autêntico acordo de vontades entre o devedor e seus credores, impõe-se que a vontade *coletiva* desses credores se forme de modo idôneo, para o que a constituição de uma assembleia de credores mostrou-se uma solução juridicamente adequada.

A formação de colegiados para a tomada de deliberações com base no princípio majoritário não é, obviamente, uma novidade da Lei nº 11.101/2005. É vista, apenas para citar um exemplo no âmbito do próprio Direito Empresarial, nos conclaves de sócios. Nesses casos, o ato formal de constituição da sociedade cria também o órgão colegiado responsável pelas deliberações sociais, às quais se vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes.

O Decreto-lei nº 7.661/1945, que antecedeu a atual lei falimentar, também previa a convocação dos credores em assembleia para deliberar sobre formas alternativas de realização do ativo do devedor na falência. Tratava-se, no entanto, de deliberações sobre questões apenas incidentais e secundárias.

A retomada do caráter negocial do processo de superação da crise empresarial dependia, todavia, de uma solução para as fragilidades da teoria contratualista apontadas por TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, acima. Impunha-se dar unidade à coletividade de credores encarregada de deliberar coletivamente sobre a proposta apresentada pelo devedor em crise e, com isto, harmonizar a aprovação do plano de recuperação com o princípio da relatividade dos contratos.

Esse problema resta superado quando se identifica a decisão judicial que defere o processamento da recuperação judicial como o *ato formal* que constitui o colegiado de credores do recuperando, ao qual será dirigida a proposta de plano de recuperação, para fins de apreciação e deliberação.

Assim, na recuperação judicial, a mão do Estado-juiz age não para suprir a vontade dos credores e conceder ao devedor a

oportunidade de tentar superar sua crise, como ocorria na concordata-sentença, mas para constituir formalmente o colegiado de onde provirá, por deliberação majoritária, a manifestação de vontade necessária para contratar com o devedor o plano de recuperação.

Verifica-se, pois, já neste primeiro momento, a importância do juiz como instrumento de controle da regularidade do processo, na medida em que lhe cabe examinar a presença dos pressupostos subjetivos e objetivos da recuperação, somente deferindo o *processamento* do feito nas hipóteses em que a lei o admite²⁵.

Uma vez deferido o processamento da recuperação judicial, outro aspecto crítico tem lugar: a habilitação e a classificação dos créditos. Sabendo-se, que nem todos os créditos se sujeitam aos efeitos do plano de recuperação²⁶, que os credores habilitados votam na assembleia conforme a natureza e o valor dos seus créditos²⁷ e que alguns credores, mesmo tendo os seus créditos sujeitos aos efeitos do plano de recuperação, não podem votar na assembleia²⁸, exige-se do juízo da recuperação cuidado extremo na supervisão dos trabalhos de verificação dos créditos, a cargo do administrador judicial, e no julgamento das impugnações, cujos resultados se consubstanciam no rol daqueles que participarão da assembleia e em que classes votarão.

Resta evidente aqui também a importância do controle judicial, pois irregularidades na composição da assembleia, na classificação dos créditos dos seus participantes ou na tomada dos votos, podem viciar irremediavelmente a deliberação acerca do plano de recuperação, comprometendo a legitimidade de todo o processo.

Por fim, faz-se uma última observação a respeito da importância do controle judicial dos aspectos procedimentais da recuperação judicial e ela refere-se à regularidade da convocação, da instalação e das deliberações da assembleia de credores. Na esteira

²⁵ Lei de Falências, art. 48.

²⁶ Lei de Falências, art. 49, §§ 3º e 4º.

²⁷ Lei de Falências, art. 38.

²⁸ Lei de Falências, art. 43.

desse raciocínio, considerando-se que a lei falimentar estabelece regras detalhadas para a reunião e o funcionamento das assembleias de credores²⁹, compete ao juiz, em relação aos seus próprios atos e pela supervisão dos atos a cargo do administrador judicial, zelar para que sejam preenchidas todas as formalidades necessárias à idoneidade dos atos assembleares.

Tomada nos termos descritos até aqui, a deliberação assemblear a respeito da proposta do devedor será *formalmente* válida, o que não significa que não possa ter conteúdo ilícito, de maneira que se estende também a esse âmbito a atuação judicial, visando a coibir as convenções contrárias à lei.

O tema foi abordado na I Jornada de Direito Comercial³⁰, resultando na edição do seu enunciado de número 44, nos seguintes termos:

44. A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade.

Repita-se, com as devidas vênias, que não se trata de submeter ao crivo judicial o exame dos aspectos econômico-financeiros do negócio, pois estes, como já se disse, estão na órbita dos direitos disponíveis das partes. A questão consiste efetivamente no exame, pelo juízo da recuperação, da legalidade da avença celebrada entre o devedor e seus credores, pois, assim como a qualquer contratante, não é dado às partes na recuperação judicial estipular cláusulas ou contratos contrários à lei. É dizer, mais uma vez com PAULA FORGIONI³¹, que “ao mesmo tempo em que o mercado exige que haja

²⁹ Lei de Falências, arts. 36 e 37.

³⁰ I JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, [23-24 de outubro de 2012, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Também disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/LIVRETO%20-%20I%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2014.

³¹ FORGIONI, Paula. Op. cit., p. 82.

transações, o sistema jurídico cobra legalidade de seu objeto”, de forma que, prossegue a autora, “o limite da liberdade de contratar é, assim, encontrado na ilicitude que as normas exógenas impõem a certos comportamentos”.

Desse modo, nos limites em que se permite aos contratantes celebrar seus negócios sem a interferência estatal, podem também o devedor e seus credores construir, segundo os seus critérios de conveniência, o acordo de vontades que constituirá o plano de recuperação.

A própria lei falimentar traz em seu bojo limitações objetivas ao conteúdo do acordo de vontades das partes. Nos seus termos, o plano de recuperação não poderá prever prazo superior a um ano para o pagamento dos créditos trabalhistas ou decorrentes de acidentes de trabalho, tampouco poderá prever prazo superior a trinta dias para o pagamento dos salários atrasados, vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação e até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador³².

De logo, pode-se concluir que não é passível de homologação judicial o plano de recuperação que contrariar essas regras, ainda que aprovado pelos credores em assembleia.

Também o direito comum, em sua parte geral, oferece claras balizas para o exame da legalidade dos negócios jurídicos, quando veda, por exemplo, as condições suspensivas física ou juridicamente impossíveis ou as condições incompreensivas ou contraditórias³³, ou quando comina de nulidade o negócio jurídico simulado³⁴.

Por fim, nas disposições especiais que regem os diversos contratos são encontráveis normas cogentes limitando a liberdade das partes. A observância dessas normas também deverá ser verificada pelo juízo antes da homologação quando a espécie contratual estiver presente na composição do plano de recuperação.

³² Lei de Falências, art. 54.

³³ Código Civil, art. 123, I e III.

³⁴ Código Civil, art. 167.

Assim, quando aprovado em procedimento regularmente realizado e seu objeto não for, no todo ou em parte, contrário à lei, o plano de recuperação deverá ser homologado pelo juízo da recuperação, nos termos do art. 58 da lei falimentar.

Por outro lado, se o plano de recuperação aprovado pela assembleia contiver alguma ilegalidade, caberá ao juízo da recuperação negar a sua homologação e deixar de conceder a recuperação. A autoridade judicial exercerá, nesse caso, o seu dever de coibir a contratação ilícita.

A questão que se coloca em tal situação é a de qual deve ser a providência subsequente ao indeferimento da homologação. Deverá o juízo decretar a falência do devedor ou convocar novamente a assembleia de credores, para que as partes saneiem as ilicitudes constatadas no plano aprovado?

A solução mais consentânea com os princípios do Direito Recuperacional parece ser a segunda alternativa. Se as partes chegaram a um consenso sobre um plano de recuperação, isto significa, *a priori*, que a atividade empresarial se mostra viável e que o devedor ainda goza de alguma reputação junto aos seus credores, de forma que a busca por uma solução consensual para a crise mostra-se possível. O problema imediato se restringe, então, ao saneamento das ilicitudes identificadas no plano indeferido. Nesse caso, desde que convocada sem maiores retardos, uma nova assembleia poderia se reunir, sem prejuízos para o processo, a fim de deliberar sobre o plano de recuperação corrigido pelo devedor, podendo aprová-lo, rejeitá-lo ou propor modificações, com as já conhecidas consequências estabelecidas pelos arts. 56, §4º, e 58 da lei falimentar.

6. Considerações finais.

A partir do entendimento aqui adotado, é de se concluir que o devedor, os credores e o juízo da recuperação atuam no processo de forma complementar e com competências distintas, visando a um

resultado que simultaneamente atenda aos interesses das partes no âmbito de sua liberdade geral de ação, coadune-se com os interesses públicos afetados pela crise empresarial, notadamente a preservação da empresa (viável) e a tutela geral do crédito, e respeite a ordem pública, não violando as normas cogentes restritivas da liberdade de contratar.

Para que esses objetivos sejam atingidos, é importante que as considerações trazidas no presente trabalho consolidem-se no tratamento dado à matéria pelos tribunais e pelas partes envolvidas.

A primeira delas é assimilar que, na disciplina legal atual, o enfrentamento da crise empresarial depende de uma *solução negocial* encontrada pelo devedor e seus credores. O Direito Falimentar voltou a prestigiar a vontade dos credores, que precisam ser envolvidos no processo e convencidos a renovar o seu crédito no devedor.

Além disso, as partes precisam ter sempre em mente que a sua liberdade contratual será respeitada apenas até o ponto em que não viole a ordem pública. O exercício do direito será tutelado, o seu abuso não. Isto produz, de logo, uma conclusão óbvia, a de que as partes devem abster-se de pactuar cláusulas contrárias ao direito. Mas pode traduzir-se também numa recomendação de ordem mais prática, a de que as partes – os credores, principalmente – procurem lastrear suas posições com fundamentos (econômicos, financeiros, tecnológicos etc.) consistentes, a fim de poder sustentá-las diante de eventuais questionamentos sobre sua legitimidade.

Por fim, espera-se dos órgãos judiciários uma conduta de autocontenção, conscientes de que seu papel na recuperação judicial é específico, porém não desimportante, e, sem enveredar pela matéria reservada pela lei à liberdade das partes, uma atuação focada naquilo que lhes compete: a manutenção da regularidade do procedimento e o controle de legalidade do plano aprovado.

