

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 14

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 2014

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. Enzo Baiocchi, 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: Adem Bafti (UNIVAP), Caroline da Rosa Pinheiro (UFRJ), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ) e Rodrigo Rocha Monteiro de Castro (Mackenzie - SP).

PATROCINADORES:



MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

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

Revista semestral de direito empresarial. — n° 14 (Janeiro / Junho de 2014)
. — 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 segundo semestre de 2015.

A POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DA VONTADE DOS CREDORES NA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL¹

THE POSSIBILITY OF OVERCOMING THE WILL OF CREDITORS IN GRANTING JUDICIAL RECOVERY

Marlon Tomazette

Resumo: O objeto do presente trabalho é a análise da possibilidade de concessão da recuperação judicial, superando a vontade manifestada pelos credores. A princípio, a concessão da recuperação judicial no direito brasileiro exige, numa interpretação literal da legislação, a concordância da massa de credores. Todavia, essa interpretação estrita da lei é ao menos discutível, tendo em vista os princípios da função social da empresa, da preservação da empresa, as consequências de uma eventual falência, bem como a eficiência das decisões judiciais. À luz desses fatores, devem ser definidos quais são os limites da atuação jurisdicional em face da manifestação da vontade dos credores em tal procedimento.

Palavras-chave: Recuperação judicial – vontade – função social da empresa – consequências – eficiência.

Abstract: The object of this paper is to examine the possibility of granting judicial recovery, surpassing the willingness of creditors.

¹ Artigo recebido em 05.03.2015 e aceito em 04.12.2015.

At first, the granting of judicial recovery in Brazilian law requires, in a literal interpretation of the legislation, the concordance of the mass of creditors. However, this strict interpretation of the law is at least debatable, considering the principles of the social function of the company, the firm's survival, the consequences of bankruptcy, and the efficiency of judicial decisions. In light of these factors, it must be defined what are the limits of judicial action in view of the manifestation of the willingness of creditors in such proceedings.

Keywords: Judicial recovery –will –social function of the company – consequences – efficiency.

Sumário: 1. Introdução. 2. O instituto da recuperação judicial no ordenamento jurídico brasileiro. 2.1. Conceito. 2.2. Objetivos. 2.3. Princípios. 2.3.1. Função social da empresa. 2.3.2. Preservação da empresa. 3. A concessão da recuperação judicial. 3.1. Fase postulatória. 3.2. Fase deliberativa. 3.3. Concessão e cumprimento da recuperação judicial. 4. A concessão da recuperação judicial sem o consentimento dos credores. 4.1. O caso norte-americano. 4.2. A possibilidade de superação da vontade dos credores no Brasil. 4.3. A possibilidade no Brasil da desconsideração da vontade de alguns credores: a teoria do conflito de interesses.

1. Introdução

O mundo jurídico é um dos campos mais férteis para a atividade argumentativa, na medida em que o Direito lida primordialmente com a tarefa de convencimento. Tal tarefa não se restringe à atuação dos advogados, mas engloba também a justificação das decisões. Na atual concepção do Direito, o papel do juiz não se limita à reprodução literal do que se encontra em lei. Ela não representa todo o direito, mas apenas um dos elementos, talvez o principal, na atuação dos julgadores. Em certos casos, deve-se admitir a superação do teor literal da lei, à luz dos princípios que dão coerência ao sistema jurídico, bem como pelas consequências que podem decorrer da decisão.

A concessão da recuperação judicial contra a vontade dos credores é um dos bons exemplos dessa possibilidade e constitui o objeto principal desse trabalho.

A recuperação judicial foi concebida no direito brasileiro como uma tentativa de superação da crise econômico-financeira da empresa, condicionada, porém, à concordância dos credores ligados àquela atividade (Lei nº 11.101/2005 – arts. 45 e 58, § 1º). Todavia, nem sempre se obtém a concordância dos credores, o que acarreta, nos termos literais da legislação (Lei nº 11.101/2005 – art. 73), a decretação da falência do empresário, com o encerramento das atividades. Tal resultado é muitas vezes indesejável, mas parece ser imposto pela legislação brasileira. Superar a determinação legal poderia ser visto como um ato de puro arbítrio do julgador, apesar de ter consequências muito melhores na prática. Neste particular, a teoria da argumentação jurídica mostra-se de fundamental importância para evitar arbitrariedades e justificar a decisão nesses casos.

Inicialmente, dentro dessa perspectiva, é essencial apresentar, em linhas gerais, o instituto da recuperação judicial no direito brasileiro. Partindo-se de seu conceito, passando por seus objetivos, podem-se apresentar os princípios fundantes dessa área específica da atuação jurídica. Outrossim, devem ser apresentadas as linhas gerais desse tipo de processo, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, explicando as condições legais para a sua concessão.

Por fim, há que se analisar a possibilidade das decisões que concedem a recuperação judicial contra a vontade dos credores, sem que isso represente qualquer tipo de arbitrariedade dentro do nosso ordenamento. As consequências e princípios da decretação da falência nos casos de falta de concordância dos credores determinarão a conclusão do trabalho. Além da pesquisa doutrinária, será analisada a única decisão brasileira em que foi concedida a recuperação judicial sem o consentimento dos credores, a partir das perspectivas da teoria da argumentação jurídica, bem como da análise econômica do direito, tomando-se a eficiência como parâmetro possível para a orientação da decisão.

2. O instituto da recuperação judicial no ordenamento jurídico brasileiro

Em razão dos efeitos perniciosos que as crises da empresa podem gerar, o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei nº 11.101/2005, houve por bem criar a recuperação judicial. Trata-se de uma medida genérica para solucionar a crise pela qual a empresa passa, nos termos do artigo 47 da Lei nº 11.101/2005. Além disso, ela também serve para evitar que uma crise iminente se instaure sobre a atividade empresarial.

2.1. Conceito

Paulo Sérgio Restiffe, por entender que a recuperação possui uma natureza processual, afirma que ela é a “pretensão posta em juízo (ajuizada) – no exercício do direito de ação, portanto – de natureza privatística empresarial, cujo objetivo é atingir, extraordinariamente, a extinção das obrigações, com a superação da crise econômico-financeira, cabendo ao Estado entregar a prestação jurisdicional, que consiste, em caso de procedência do pedido, no estabelecimento do estado de recuperação empresarial, ou em caso de improcedência, no eventual estabelecimento do estado de falido”².

De outro lado, Eduardo Goulart Pimenta afirma que a recuperação judicial representa “uma série de atos praticados sob supervisão judicial e destinados a reestruturar e manter em funcionamento a empresa em dificuldades econômico-financeiras temporárias”³. Sérgio Campinho, por sua vez, afirma que a recuperação judicial é o “soma-tório de providências de ordem econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestru-

2 RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas*. Barueri: Manole, 2008. p. 47.

3 PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas*. São Paulo: IOB, 2006, p. 68.

turada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável, superando, com isto, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores”⁴.

Todos os conceitos apresentados possuem seus méritos e, em certa medida, até se complementam, podendo-se afirmar em termos sintéticos que a recuperação é um conjunto de atos, cuja prática depende de concessão judicial, com o objetivo de superar as crises de empresas viáveis. Assim, pode-se estabelecer os elementos essenciais da recuperação judicial: a) série de atos; b) consentimento dos credores; c) concessão judicial; d) superação da crise; e e) manutenção das empresas viáveis.

As medidas de reestruturação podem ser as mais diversas, daí se falar em uma série de atos na recuperação e não apenas em um ato específico. As crises que justificam a adoção da recuperação judicial dificilmente serão superadas por um ato qualquer. Normalmente, são necessários diversos atos para possibilitar a recuperação, como mudanças nas relações com os credores (novação das obrigações), até a alteração do padrão para a gestão interna da atividade.

O conjunto de atos a ser praticado pelo devedor na recuperação judicial não depende exclusivamente da sua vontade. Para que ele possa praticar tais atos, há, a princípio, a necessidade do consentimento dos credores. Não se exige o consentimento de todos os credores, mas uma manifestação suficientemente representativa (Lei nº 11.101/2005 – arts. 45 e 58) para vincular a massa de credores como um todo. O conjunto de credores é tratado como uma comunhão para todos os efeitos na recuperação judicial⁵.

4 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 10-11.

5 PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. *La junta de acreedores*. Madrid: Civitas, 2008. p. 42-43.

Mesmo com o consentimento dos credores, é essencial a concessão judicial para a prática dos atos da recuperação. Diz-se que ela é judicial justamente porque só pode ser concedida judicialmente e, para tanto, ela pressupõe o exercício do direito de ação. Exercido o direito de ação e atendidos os requisitos impostos pela Lei nº 11.101/2005, o Poder Judiciário irá conceder a recuperação, permitindo a prática dos atos necessários à superação da crise. A intervenção do poder judiciário é essencial para realizar o controle formal da recuperação⁶.

Com a concessão judicial da recuperação judicial será possível a prática de uma série de atos, os quais terão por objetivo primordial a superação das crises, reestruturando e mantendo a empresa em funcionamento. A superação da crise deve permitir que a atividade continue, de modo a não prejudicar os interesses que circundam a empresa.

Apenas as empresas viáveis são capazes de justificar os sacrifícios que terão que ser realizados pelos credores na recuperação judicial. Os credores só realizarão tais sacrifícios para proteger interesses mais relevantes⁷. Em outras palavras, os credores irão analisar os valores em jogo, ponderando os ônus da manutenção da atividade e os ônus do encerramento da atividade. Se os últimos forem maiores, há maiores motivos para a recuperação e, por conseguinte, para algum sacrifício dos credores.

Assim, a recuperação judicial só pode ser usada para empresas viáveis⁸, uma vez que seu uso para empresas inviáveis subverteria a ordem normal das coisas, passando aos credores o risco da atividade.

6 ABRÃO, Carlos Henrique. O papel do Poder Judiciário na aplicação da Lei nº 11.101/05. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (org.). *Recuperação de empresas*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 52.

7 LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994. p. 400.

8 PIMENTA, Eduardo Goulart. Op. cit. p. 71.

de. A viabilidade significa que a recuperação será capaz de restabelecer o curso normal das coisas, retornando o risco da atividade ao seu titular. Se mesmo com a recuperação não for possível restabelecer essa normalidade, fica claro que a empresa não se mostra mais viável, devendo ser promovida a sua liquidação. Portanto, a viabilidade deve ser demonstrada no processo para que se possa conceder a recuperação judicial.

2.2. Objetivos

Pelos contornos da recuperação judicial fica claro que seu objetivo final é a superação da crise econômico-financeira pela qual passa o devedor empresário. A finalidade imediata é, portanto, afastar a crise, contudo, nada impede que o instituto seja utilizado para prevenir uma crise que se mostre iminente⁹. Embora o texto da Lei não pareça ter esse objetivo, a lógica impõe que se reconheça essa possibilidade, pois não há dúvida de que se a crise é evitável, é muito melhor impedi-la de começar, do que deixá-la acontecer, para só então solucioná-la. Portanto, o objetivo mais amplo da recuperação é a superação ou a prevenção das crises da empresa.

Dentro desse objetivo mais amplo, inserem-se os objetivos mais específicos indicados no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, quais sejam: a) a manutenção da fonte produtora; b) a manutenção dos empregos dos trabalhadores; e c) a preservação dos interesses dos credores. Tais objetivos específicos nem sempre poderão ser atingidos cumulativamente, daí acreditarmos que há uma ordem entre eles¹⁰.

Sem dúvida, o primeiro objetivo específico da recuperação judicial é a manutenção da fonte produtora, isto é, a manutenção da

9 QUEIROZ, Jorge. Prevenção de crises e recuperação de empresas. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (org.). *Recuperação de empresas*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 13.

10 MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: Falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4, p. 183.

empresa (atividade) em funcionamento. Não se busca aqui salvar o sujeito, mas salvar a atividade que ele exercia¹¹, pois é ao redor dessa atividade (empresa) que circundam os interesses de credores, fisco, comunidade e trabalhadores. É mais importante que a atividade se mantenha funcionando, ainda que com outro titular, pois sua manutenção permitirá a geração de novos empregos, a geração de riquezas e o atendimento às necessidades da comunidade.

Uma vez obtida a manutenção da atividade, ainda que com outro sujeito, devem-se buscar os demais objetivos. Vale dizer, o primeiro objetivo específico prevalece sobre os demais, é ele que deve pautar todas as medidas da recuperação judicial. A manutenção da fonte produtora é essencial, os demais objetivos específicos são secundários. A prevalência da manutenção da atividade sobre os demais interesses pode ser vislumbrada nas decisões do Superior Tribunal de Justiça que impedem a continuação das execuções trabalhistas contra o devedor em recuperação¹².

O segundo objetivo específico é a manutenção dos empregos dos trabalhadores. Nem sempre isso é possível, pois, por vezes, a crise já gerou tantos problemas que o número de postos de trabalho terá que diminuir, para se manter a atividade. Ressalte-se, mais uma vez, que o primeiro fim da recuperação judicial é a manutenção da atividade. Atingido esse primeiro objetivo específico, aí sim se deve tentar manter os empregos dos trabalhadores.

O terceiro objetivo específico é a preservação dos interesses dos credores. Apesar da necessidade da sua manifestação, é certo que os interesses individuais dos credores cedem espaço à manutenção da fonte produtora e à manutenção dos empregos dos trabalha-

11 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 125.

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 90.504/SP. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Segunda Seção. Brasília, 25 de junho de 2008. Publicado em 01 de julho de 2008.

dores. Vale dizer, se há duas medidas possíveis, uma favorecendo os credores e outra favorecendo a manutenção do emprego, é essa segunda que deverá prevalecer.

2.3. Princípios

Para atingir os seus objetivos e incentivar a adoção das estratégias pelos grupos de interesse, a recuperação judicial deve obediência a uma série de princípios, que deverão pautar a interpretação da Lei nº 11.101/2005, bem como a própria atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação. Contudo, a enumeração dos princípios da recuperação judicial é objeto de grandes divergências na doutrina.

De forma genérica, falando da Lei como um todo e não apenas da recuperação, Elenise Peruzzo dos Santos indica como princípios a igualdade entre os credores, a celeridade, a publicidade, a preservação da empresa, a viabilidade e a maximização do valor dos ativos do falido¹³. Também de forma genérica, Waldo Fazzio Júnior elenca como princípios do regime da insolvência do agente econômico o da viabilidade da empresa, da relevância dos interesses dos credores, da publicidade dos procedimentos, da *par conditio creditorum*, da maximização de ativos e da preservação da empresa¹⁴.

Especificamente para a recuperação judicial, Jorge Lobo afirma que se aplicam os princípios da conservação e função social da empresa, da dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho, da segurança jurídica e da efetividade do direito¹⁵. De outro lado,

13 SANTOS, Elenise Peruzzo dos. Os princípios clássicos e atuais da lei de falências e recuperação de empresas. In: BATTELO, Sílvio Javier. *Principais controvérsias na nova lei de falências*. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 13-36.

14 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 30-35.

15 LOBO, Jorge. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. S. de (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 110.

Paulo Sérgio Restiffe reconhece como princípios da recuperação a igualdade entre os credores, a lealdade, a impossibilidade de imposição de sacrifício maior aos credores, a preservação da empresa, o tratamento jurídico diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte e o próprio princípio da recuperação de empresas, além de outros princípios processuais¹⁶.

Para os fins do presente trabalho, os princípios serão considerados como aquelas normas apresentadas de forma enunciativa, cujo conteúdo está ligado a um valor ou fim a ser atingido e que se coloca acima e antes da premissa maior nos eventuais silogismos jurídicos que digam respeito à conduta e à sanção¹⁷. “Chamar uma norma de princípio significa, portanto, que ela tanto é relativamente geral como tem valor positivo”¹⁸. Nesta perspectiva, apesar da diversidade na enumeração dos princípios pela doutrina, pode-se elencar como princípios fundamentais da recuperação judicial: a) a função social da empresa; e b) a preservação da empresa.

2.3.1. Função social da empresa

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXII, assegura a todos como direito fundamental o direito de propriedade. Com tal dispositivo, a Constituição garante o “direito de apropriação, o direito de aquisição dos bens ou, mais amplamente, de direitos patrimoniais pelos particulares”¹⁹. Dentro dessa ideia, a todos os particu-

16 RESTIFFE, Paulo Sérgio. Op. cit. p. 2-9.

17 FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 309.

18 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 198.

19 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1998. Tomo IV, p. 466.

lares é assegurada também a propriedade dos meios de produção²⁰ e, conseqüentemente, o exercício de atividades econômicas empresariais.

Ocorre que, a própria Constituição Federal impõe uma limitação a esse direito, asseverando que “a propriedade atenderá a sua função social” (CF/88 – Art. 5º, XXIII). León Duguit²¹ chega a afirmar que o direito positivo não protege o direito subjetivo do proprietário, mas garante ao possuidor da riqueza o direito de cumprir sua função social. A ideia a prevalecer é a de uma propriedade-função e não de um direito absoluto de propriedade.

A expressão “função” traz a ideia de um dever de agir no interesse de outrem²². A partir dessa condicionante, o direito à propriedade passa a ser um poder-dever de exercer a propriedade vinculada a uma finalidade²³. Esta é coletiva e não individual, conforme se depreende da expressão “função social” usada pelo texto constitucional. Assim sendo, não há uma liberdade absoluta no direito de propriedade e, por conseguinte, no exercício das atividades empresariais. Há sempre uma função social a ser cumprida, a qual ganha especial relevo na recuperação judicial, sendo expressamente mencionada no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005.

Pela função social que lhe é inerente, a atividade empresarial não pode ser desenvolvida apenas para o proveito do seu titular, isto é, ela tem uma função maior. Não interessam apenas os desejos do empresário individual ou dos sócios da sociedade empresária, vale

20 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 254.

21 DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho publico y privado*. Traducción de Adolfo Posada, Ramón Jaén y Carlos G. Posada. Granada: Comares, 2007. p. 216.

22 SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. *Falência e recuperação da empresa em crise*. São Paulo: Campus, 2008. p. 279.

23 GRAU, Eros Roberto. Op. cit. p. 255; BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. *Revista de direito privado*, nº 7, jul./set., 2001, p. 77.

dizer, é fundamental que a empresa seja exercida em atenção aos demais interesses que a circundam, como o interesse dos empregados, do fisco e da comunidade²⁴.

Na recuperação judicial, tal princípio servirá de base para a tomada de decisões e para a interpretação da vontade dos credores e do devedor. Em outras palavras, ao se trabalhar em uma recuperação judicial, deve-se sempre ter em mente a sua função social. Se a empresa puder exercer muito bem sua função social, há uma justificativa para mais esforços no sentido da sua recuperação. Reitere-se que a recuperação é da atividade e não do seu titular.

2.3.2. Preservação da empresa

Como corolário da função social da empresa surgiu o princípio da preservação da empresa²⁵, o qual é, sem dúvida, o mais importante na interpretação da recuperação judicial. Trata-se de um princípio porque decorre de uma das finalidades da recuperação judicial²⁶ e é o princípio mais importante, porque dele decorre o objetivo principal do instituto da recuperação judicial. Outrossim, sua consagração está presente ao longo de diversos dispositivos da Lei nº 11.101/2005, que denotam a intenção de manutenção da atividade.

Tal princípio tem sua origem no princípio da garantia do desenvolvimento nacional, previsto nos artigos 3º, II, 23, X, 170, VII e VIII, 174, caput e § 1º e 192 da Constituição Federal²⁷. A ideia da pre-

24 ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; RIBEIRO, Ademar. A revolução do empresariado. *Revista de direito privado*, nº 9, jan./mar., 2002, p. 219.

25 CARVALHO, William Eustáquio de. Apontamentos sobre o princípio da preservação da empresa. In: CARVALHO, William Eustáquio de; CASTRO, Moema A. S. de. *Direito falimentar contemporâneo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 175.

26 DÍAZ, Marta Zabaleta. *El principio de conservación de la empresa en la ley concursal*. Madri: Civitas, 2006. p. 33.

27 RESTIFFE, Paulo Sérgio. Op. cit. p. 4.

servação da empresa envolve a separação entre a sorte da empresa (atividade) e a sorte do seu titular (empresário individual ou sociedade), bem como da sorte dos sócios e dirigentes da sociedade²⁸. A recuperação judicial não se preocupa em salvar o empresário (individual ou sociedade), mas sim em manter a atividade em funcionamento. A empresa (atividade) é mais importante que o interesse individual do empresário, dos sócios e dos dirigentes da sociedade empresária. Não importa se estes terão ou não prejuízos, o fundamental é manter a atividade funcionando, pois isso permitirá a proteção de mais interesses (fisco, comunidade, fornecedores, empregados etc.). Não se descarta a manutenção da atividade com o mesmo titular, mas a preferência é a manutenção da atividade em si, independentemente de quem seja o titular²⁹.

Além da separação entre a sorte da empresa e do empresário, o princípio da preservação da empresa significa que o propósito liquidatório deve ficar em segundo plano³⁰. Se a empresa for viável, todos os esforços devem ser realizados para que ela se preserve. Essa é a regra geral da atual legislação. Mesmo no regime anterior, o Superior Tribunal de Justiça já vinha afastando a prevalência do intuito liquidatório, asseverando que a falência não deveria servir de coação para o recebimento de dívidas pelos credores³¹, sendo cabível apenas para empresas inviáveis. O interesse individual na liquidação não se justifica, devendo ceder lugar ao interesse coletivo da manutenção da atividade.

28 SANTOS, Elenise Peruzzo dos. Op. cit. p. 27; CARVALHO, William Eustáquio de. Op. cit. p. 182.

29 DÍAZ, Marta Zabaleta. Op. cit. p. 39.

30 CARVALHO, William Eustáquio de. Op. cit. p. 188.

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 399.644/SP. Relator: Ministro Castro Filho. Terceira Turma. Brasília, 30 de abril de 2002. Publicado em 17 de junho de 2002; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 725.128/TO. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Quarta Turma. Brasília, 20 de maio de 2008. Publicado em 09 de junho de 2008.

3. A concessão da recuperação judicial

A partir das noções mais teóricas, pode-se analisar o aspecto mais pragmático que diz respeito à concessão da recuperação judicial. Qualquer que seja a natureza da recuperação judicial, não há dúvida de que sua concessão depende da intervenção do Poder Judiciário. Tal intervenção, que não pode ocorrer de ofício, dependerá de provocação dos interessados por meio de uma ação. O exercício dessa ação é condição imprescindível para se obter a solução da crise empresarial. Ela representará, em última análise, o pedido de recuperação judicial.

3.1. Fase postulatória

No Brasil, são exigidos diversos requisitos específicos e cumulativos³² para o pedido de recuperação judicial, a saber: a) exercício regular das atividades há mais de dois anos; b) não ser falido ou, se falido, que suas obrigações já tenham sido extintas; c) não ter obtido recuperação judicial há menos de 5 anos; d) não ter obtido recuperação judicial, com base em plano especial, há menos de 8 anos; e não ter sido condenado por crime falimentar, nem ter como sócio controlador ou administrador pessoa condenada por crime falimentar.

Cumpridos esses requisitos específicos, poderá ser requerida a recuperação judicial do empresário, que não se enquadre nas exclusões. Tal requerimento, normalmente, é feito pelo próprio empresário. No entanto, além dele, também têm legitimidade para requerer a recuperação os herdeiros, o cônjuge sobrevivente, o inventariante e o sócio remanescente.

32 SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio de A. de Moraes (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 224.

Qualquer um dos legitimados promoverá a ação perante o juízo do principal estabelecimento do devedor ou o da filial no caso de empresário que tenha sede fora do país. Por principal estabelecimento, alguns autores entendem o de maior volume econômico³³, mas a jurisprudência do STJ vem se firmando no sentido do principal estabelecimento ser a sede da administração do devedor³⁴. Tal ação será ajuizada por meio de uma petição inicial, precisa atender aos requisitos formais e estruturais impostos pela legislação processual, além de ser instruída com os documentos previstos no artigo 51 da Lei nº 11.101/2005.

Ajuizada a ação de recuperação judicial, o juiz deverá verificar inicialmente a legitimidade do requerente, o cumprimento dos requisitos, a regularidade da petição, bem como a regularidade da documentação juntada. Não se trata da imediata concessão da recuperação, mas de uma análise prévia que visa a colocar o devedor no processo. Estando em termos a petição inicial e a documentação, o juiz deverá deferir o processamento da recuperação judicial, fazendo com que o devedor ingresse no processo. A recuperação ainda não foi concedida, mas, a partir desse momento, o devedor já está no processo e sofre todos os efeitos decorrentes dessa condição.

3.2. Fase deliberativa

Após a publicação da decisão de processamento, caberá ao empresário apresentar em juízo, no prazo de 60 dias, o plano de recuperação judicial que deverá conter: laudos econômico-financeiro e

33 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 261.

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 21.775/DF. Relator: Ministro Bueno de Souza. Segunda Seção. Brasília, 24 de junho de 1998. Publicado em 04 de junho de 2001; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 21.899/MG. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Segunda Seção. Brasília, 10 de junho de 1998. Publicado em 08 de setembro de 1998.

de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscritos por profissional legalmente habilitado ou entidade especializada; demonstração de sua viabilidade econômica; e discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados e seu resumo. Tal plano representa a proposta de acordo que será apreciada pelos credores.

Para que os credores tenham conhecimento do conteúdo da proposta de acordo e possam se manifestar, a lei impõe a publicação de um edital avisando aos credores sobre a entrega do plano em juízo. Este edital, que será publicado na imprensa oficial e em jornal de grande circulação (Lei nº 11.101/2005 – art. 191), conterà o aviso aos credores sobre o recebimento do plano e fixará o prazo para eventuais manifestações. Não se trata da publicação do próprio plano, mas apenas de um aviso sobre a possibilidade de acesso ao plano em juízo.

A partir do momento em que os credores têm acesso ao plano, eles podem formar sua convicção a respeito da proposta apresentada. Há, inicialmente, dois caminhos: aprovar o plano ou questioná-lo, apresentando uma objeção. O prazo para essa manifestação é de 30 dias contados da publicação da relação de credores elaborada pelo administrador judicial ou da publicação do edital sobre o recebimento do plano de recuperação judicial, o que ocorrer por último (Lei nº 11.101/2005 – art. 55).

Caso os credores concordem com o plano apresentado, eles devem aprová-lo, a princípio de forma tácita, isto é, sem se manifestar. Para simplificar o andamento do processo, a lei não exige a concordância expressa de todos os credores, mas apenas e tão-somente a ausência de oposição para considerar o plano aprovado. O silêncio dos credores é entendido como a aprovação tácita da proposta apresentada. Nada impede, porém, que os credores queiram se manifestar expressamente no sentido da concordância em relação ao plano apresentado.

De outro lado, é certo que nem sempre os credores concordarão com a proposta apresentada. Nesse caso, não lhes cabe rejeitar o

plano imediatamente, mas sim apresentar uma oposição para que o plano seja objeto de discussão e deliberação pela massa de credores. Na oposição, o credor deverá fundamentar³⁵ sua discordância por meio de razões de fato e de direito que justifiquem a não aceitação do plano apresentado. A própria boa-fé objetiva exige uma justificativa, sob pena de indeferimento da oposição, ou seja, oposições injustificadas não podem ter o trâmite normal, devendo ser indeferidas de plano pelo juiz.

Mesmo sendo devidamente justificada, nenhuma objeção por si só é capaz de conduzir à rejeição imediata do plano apresentado, porquanto este pode ser objeto de alterações. Da mesma forma, nenhum credor tem o poder de rejeitar o plano de imediato, por mais expressiva que seja sua participação na massa de credores. Sua eventual discordância sempre conduzirá à convocação de uma assembleia geral para deliberar sobre o plano apresentado.

Havendo objeção, deverá ser convocada uma assembleia geral de credores para deliberar sobre a aprovação ou não do plano (Lei nº 11.101/2005 – art. 56). Tal assembleia dos credores será responsável pela aprovação ou desaprovação do plano de recuperação em decisão, a princípio, soberana³⁶. Terão direito de voto na assembleia os credores sujeitos à recuperação, cujas condições de seus créditos sejam alteradas no plano de recuperação judicial.

Convocada a assembleia para apreciar o plano de recuperação apresentado pelo devedor, caberá aos credores, a princípio, apenas a aprovação ou a rejeição do plano apresentado. Previamente a essa deliberação, obviamente, deverá haver uma fase de discussão do plano, na qual, inclusive, podem ser feitas mudanças no plano originalmente apresentado.

35 LOBO, Jorge. Op. cit. p. 147; MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4, p. 220; VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 170.

36 SIMIONATO, Frederico A. Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 185; MAMEDE, Gladston. Op. cit. p. 227.

Com ou sem alterações na proposta inicialmente apresentada, compete à assembleia manifestar a vontade da massa de credores em relação ao plano de recuperação judicial, aprovando-o ou rejeitando-o. Para tanto, a assembleia não será considerada como um todo, mas dividida em três classes (Lei nº 11.101/2005 – art. 41): classe I – credores trabalhistas e por acidente de trabalho pelo valor total do seu crédito; classe II – credores com direito real de garantia até o valor do bem dado em garantia; classe III – credores com privilégio especial, com privilégio geral, quirografários, subordinados e com garantia real, pelo valor que exceder o bem dado em garantia; e classe IV – credores enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Para que o plano seja considerado aprovado, exige-se, a princípio, a aprovação cumulativa nas quatro classes, de acordo com os critérios de votação inerentes a cada uma. Assim, para a aprovação do plano, é necessário o voto favorável da maioria dos credores de cada classe (computados por cabeça) e da maioria dos créditos das classes II e III (computados pelo valor).

Mesmo sem atingir a aprovação em cada uma das classes de credores, o juiz poderá considerar aprovado o plano, desde que atendidos os seguintes requisitos cumulativos (Lei nº 11.101/2005 – art. 58, § 1º): voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia; aprovação da maioria das classes votantes (duas se forem quatro ou três ou uma se forem duas); aprovação de credores que representem pelo menos um terço dos credores da classe que tenha desaprovado o plano (nas classes I e IV, o voto será tomado independentemente do valor dos créditos; nas classes II e III, devem ser considerados cumulativamente o valor e o número de credores); e não implicação de tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Ao tratar dessa forma alternativa de aprovação do plano de recuperação, a Lei nº 11.101/2005 afirma que o juiz “poderá conceder a recuperação” se cumpridos os requisitos já mencionados. O uso da

expressão “poderá conceder” nos levaria a crer em um poder discricionário do juiz³⁷, no sentido de considerar ou não o plano aprovado. Acredito, porém, que não se trata de uma simples escolha subjetiva do juiz sobre a conveniência e a oportunidade da recuperação judicial, mas da verificação do cumprimento de certos requisitos objetivos de aprovação do plano. Mesmo o uso da expressão “poderá conceder” não afasta o juiz da necessidade de seguir a vontade da maioria expressiva dos credores. Dessa forma, acredito que a obediência aos requisitos do artigo 58 da Lei nº 11.101/2005 impõe ao juiz a aceitação do plano³⁸.

Caso o devedor não consiga obter a aprovação do plano em todas as classes ou na forma alternativa, ou se o juiz não considerar a forma alterativa como aprovação, o plano deverá ser considerado rejeitado pelos credores. Nessa situação, a lei determina que o juiz de ofício decrete a falência do devedor que não obteve o acordo (Lei nº 11.101/2005 – art. 56, § 4º).

3.3. Concessão e cumprimento da recuperação judicial

Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou não havendo objeção de credores no prazo legal, o devedor deverá apresentar em juízo certidões negativas de débitos tributários (Lei nº 11.101/2005 – art. 57). Reforçando essa obrigação, o artigo 191-A do CTN condiciona a concessão da recuperação

37 COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. p. 423; COVAS, Silvânio. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 306; VIGIL NETO, Luiz Inácio. Op. cit. p. 173. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 580.607-4/6-00. Relator: Desembargador Boris Kauffmann. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais. São Paulo, 24 de setembro de 2008.

38 MUNHOZ, Eduardo Secchi. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio de A. de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 286.

judicial à apresentação das referidas certidões. Pela ausência de prazo legalmente fixado, deve-se entender que tal apresentação deverá ocorrer no prazo de cinco dias³⁹ da juntada do plano ou do término do prazo para a apresentação de objeções.

A maioria da doutrina entende que deve ser dispensada a apresentação das certidões, isto é, a não apresentação das certidões não tem quaisquer consequências, não impedindo a concessão da recuperação⁴⁰. Nessa linha de entendimento, diz-se que a apresentação das certidões é dispensada em razão do sistema e dos objetivos da lei⁴¹. No mesmo caminho, afirma-se que tal exigência é ilegítima, não razoável e desproporcional⁴² e, por isso, deve ser afastada. A mesma opinião é sufragada pela jurisprudência que vem afastando a exigência da CND⁴³. Tal discussão não é objeto do presente trabalho e, por

39 COELHO, Fábio Ulhôa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 167.

40 SIMIONATO, Frederico A. Monte. Op. cit. p. 182.

41 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 176; MARZAGÃO, Lídia Valéria. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à Lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 107.

42 MAMEDE, Gladston. Op. cit. p. 229; MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. Recuperação judicial vs. Fisco: a sucessão tributária, a exigência de certidão negativa de débito e o parcelamento. In: CARVALHO, William Eustáquio de; CASTRO, Moema A. S. de. *Direito falimentar contemporâneo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 69; LOPES, Bráulio Lisboa. Aspectos tributários da falência e da recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 217-218; APPENDINO, Fábio Diniz. Os meios de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos (coord.). *Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 352; STANTON, Márcia Silva. A exigência da certidão de regularidade fiscal para a concessão do plano de recuperação judicial. In: BATTELO, Sílvio Javier. *Principais controvérsias na nova lei de falências*. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 149.

43 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 501.786.4/3. Relator: Desembargador Lino Machado. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais. São Paulo, 30 de janeiro de 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 516.982-4/2-00. Relator: Desembargador Pereira Calças. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais. São Paulo, 30 de janeiro de 2008.

isso, será considerada, na linha majoritária, dispensada a apresentação das certidões.

Aprovado o plano de recuperação judicial e apresentadas as certidões, ou dispensada a sua apresentação, o juiz concederá, por sentença⁴⁴, a recuperação judicial. A partir dessa decisão, o devedor deverá atuar com o nome seguido da expressão “em recuperação judicial”, até que se finalize o processo. Outrossim, o juiz deverá oficiar a junta comercial para que tal decisão seja averbada junto ao registro do empresário, dando a maior publicidade possível ao estado de recuperação judicial.

Concedida a recuperação judicial, o devedor deverá cumprir as medidas constantes do plano que foi aprovado, como pagamentos, alienações, mudanças no regime da administração e outras. Ressalvados os créditos trabalhistas e de acidente de trabalho, a legislação não impõe limite máximo de tempo para as medidas de recuperação judicial. Assim, o devedor deverá cumprir a recuperação pelo prazo estabelecido no plano que foi aprovado pelos credores. Nessa linha, teremos recuperações que podem ser cumpridas em um ano e outras que serão cumpridas em 15 anos ou até mais.

O artigo 61 da Lei nº 11.101/2005 diz que uma vez concedida a recuperação judicial “o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial”. O que se pretende é não eternizar o processo de recuperação, que acarreta ônus tanto para o poder judiciário, quanto para o devedor com o pagamento da remuneração do administrador judicial, não se impedindo, porém, um prazo superior para as medidas de recuperação⁴⁵.

44 RESTIFFE, Paulo Sérgio. Op. cit. p. 277; NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 185; LOBO, Jorge. Op. cit. p. 157.

45 VIGIL NETO, Luiz Inácio. Op. cit. p. 178.

4. A concessão da recuperação judicial sem o consentimento dos credores

Pela natureza contratual da recuperação judicial, é natural concluir que a decisão da assembleia de credores será soberana, isto é, não cabe ao juiz, a princípio, ir contra a vontade dos credores. Se estes aprovaram o plano de recuperação judicial, não caberia ao juiz rejeitá-lo. Da mesma forma, se eles não aceitaram o plano, nem na forma alternativa, o juiz não poderia, a princípio, decidir pela aprovação do plano⁴⁶. Dentro dessa concepção se imporia ao juiz um papel meramente homologatório⁴⁷ da decisão dos credores, não lhe cabendo uma intervenção mais ativa dentro do sistema brasileiro. Alberto Camiña Moreira chega a afirmar que não é o juiz que concede a recuperação judicial, mas os credores, cabendo ao juiz apenas a homologação dessa manifestação de vontade⁴⁸. O próprio STJ já reconheceu a soberania da assembleia de credores no caso⁴⁹.

Todavia, tal opinião não é pacífica. Há quem reconheça um poder mais ativo de intervenção do juiz⁵⁰. Jorge Lobo afirma que o juiz poderá não decretar a falência se vislumbrar que a rejeição do plano pela assembleia atenta contra o interesse público, encerra fraude ou importa em violação à lei⁵¹. Assim, o juiz, fundado no artigo 47

46 MAMEDE, Gladston. Op. cit. p. 228.

47 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 173.

48 CAMIÑA MOREIRA, Alberto. Poderes da assembleia de credores, do juiz e a atividade do ministério público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 253-254.

49 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 30.686/SP. Relator: Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Brasília, 07 de outubro de 2010. Publicado em 20 de outubro de 2010.

50 ARAGÃO, Leandro de Santos. Assembleia-Geral de credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o direito societário. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos (coord.). *Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 304.

51 LOBO, Jorge. Op. cit. p. 150.

da Lei nº 11.101/2005, poderia analisar o mérito do plano de recuperação judicial e decidir pela concessão ou não da recuperação, independentemente da manifestação dos credores.

Como muito bem ressaltado por Eduardo Secchi Munhoz⁵², estamos na verdade diante de um falso dilema, pois não se pode ser radical em nenhum dos dois sentidos. Não se pode atribuir ao juiz o papel de simples homologador das manifestações dos credores. De outro lado, o juiz também não deve ter o poder de interferir livremente na recuperação, ignorando a decisão dos credores, o que desvirtuaria a ideia de acordo na recuperação judicial. Portanto, há que se reconhecer a possibilidade de intervenção do juiz, mas deve-se impor limites a essa intervenção.

A superação do texto literal da legislação dependerá dos princípios e das consequências da decisão.

4.1. O caso norte-americano

No direito norte-americano, há um sistema de recuperação similar a nossa recuperação judicial, que também exige o consentimento dos credores e outros requisitos adicionais⁵³. Além do consentimento dos credores organizados em classes, exige-se uma série de outros requisitos como a boa-fé do devedor, a viabilidade do plano, uma boa perspectiva de sucesso, o adequado tratamento aos credores atingidos pelo plano e outros⁵⁴. Dentre esses requisitos, merece especial atenção a obediência ao melhor interesse dos credores, isto é, se o credor que rejeitou o plano receberia mais na falência do que na recuperação, o plano não pode ser confirmado⁵⁵. Já na forma

52 MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*. Ano 10, nº 36, abr./jun., 2007, p. 192.

53 TABB, Charles Jordan. *The law of bankruptcy*. New York: Foundation Press, 1997. p. 849.

54 BLUM, Brian B. *Bankruptcy and debtor/creditor*. 4ªed. New York: Aspen Publisher, 2006. p. 510-512.

55 TABB, Charles Jordan. Op. cit. p. 841.

usual de aprovação do plano, vê-se uma boa margem de discricionariedade para o juiz que ainda é ampliada pela legislação americana.

Nos Estados Unidos, é possível que um plano de recuperação judicial seja confirmado mesmo contra a vontade da maioria das classes desde que sejam atendidos os mesmos requisitos da aprovação tradicional, exceto obviamente a concordância de todos os credores. Nesta hipótese, são exigidos ainda certos requisitos específicos, a saber: a) o plano deve ter a aprovação de pelo menos uma classe; b) o plano não pode discriminar injustamente uma classe; e c) o plano deve ser justo e equitativo (*fair and equitable*)⁵⁶.

Esse é o *cram down*, que dá ao juiz o poder de intervir na deliberação dos credores, impondo o plano de recuperação mesmo contra a vontade da maioria⁵⁷, mediante requerimento do proponente⁵⁸. A sua aplicação envolve uma grande margem de discricionariedade do juiz, especialmente na definição sobre justiça e equidade do plano, bem como sobre a ausência de discriminação injusta⁵⁹. Assim, caberá ao juiz verificar se há alguma discriminação entre as classes e se ela é justa, deixando margem para um claro juízo de valor. Além disso, caberá ao juiz analisar se o plano é justo e equitativo, mais uma vez numa análise bastante subjetiva, que, porém, possui certos testes de verificação.

4.2. A possibilidade de superação da vontade dos credores no Brasil

A Lei nº 11.101/2005 não trata especificamente do *cram down*, a meu ver nem mesmo no artigo 58, § 1º, porquanto nesta hipótese há

56 EPSTEIN, David G. *Bankruptcy and related law in a nutshell*. 6ª ed. St. Paul: West Group, 2002. p. 444-445

57 ALDERMAN JR., Myles H. *Business Reorganizations*. Denver: Outskirts Press, 2006. p. 67-68.

58 TABB, Charles Jordan. Op. cit. p. 855.

59 BLUM, Brian B. Op. cit. p. 513.

uma maioria aprovando o plano e não são impostos requisitos para análise pelo juiz. Em razão do silêncio da lei, Gladston Mamede não reconhece ao juiz o poder de impor a aprovação do plano de recuperação⁶⁰. Na mesma linha, Frederico Simionato afirma que o magistrado não pode contrariar a decisão da assembleia de credores⁶¹. Na jurisprudência, também há uma série de julgados que afirmam que “Aprovado o plano de recuperação judicial pela assembleia geral de credores, não pode o juiz reformar a decisão por considerar inviável a sua execução”⁶² ou que “não compete ao juiz examinar a viabilidade econômico-financeira do plano e deixar de conceder a recuperação por considerar a proposta.”

De fato a legislação brasileira não dá parâmetros para uma eventual aprovação forçada do plano de recuperação. Apesar disso, os princípios estabelecidos no artigo 47 e no artigo 75 da Lei nº 11.101/2005 devem servir de fundamento para reconhecer ao juiz um papel mais ativo no processo de recuperação judicial. Os requisitos impostos pelo direito norte-americano podem servir de referência para a melhor aplicação da legislação nacional sobre o assunto, cumprindo inclusive objetivos constitucionais e assegurando a maior eficiência possível ao regime da recuperação judicial.

Na Constituição Federal de 1988, norma maior do nosso ordenamento jurídico, menciona-se a eficiência expressamente como um princípio regeedor da administração pública (artigo 37), como um dos elementos a ser analisado no sistema de controle interno (artigo 74) e ao determinar que as atividades de segurança sejam eficientes (art. 144, § 7º). Assim, a eficiência está presente em vários momentos, sendo extremamente importante para as atividades administrativas no

60 MAMEDE, Gladston. Op. cit. p. 228.

61 SIMIONATO, Frederico A. Monte. Op. cit. p. 183. No mesmo sentido: PIMENTA, Eduardo Goulart. Op. cit. p. 189-190.

62 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0315913-03.2010.8.26.000. Relator: Desembargador Lino Machado. Câmara Reservada à Falência e Recuperação. São Paulo, 01 de fevereiro de 2011. Publicado em 10 de fevereiro de 2011.

Brasil. A simples menção a esse princípio nesses pontos específicos já leva a crer que a eficiência é um objetivo a ser buscado na atuação do Direito.

Além disso, a eficiência também deve reger as outras formas de atuação do Direito, especialmente na elaboração e aplicação de regras jurídicas, em função dos próprios objetivos estabelecidos para a República Federativa do Brasil, no artigo 3º da Constituição Federal de 1988. Nesse dispositivo, dentre outros objetivos, vê-se a garantia do desenvolvimento nacional que pode ser alcançado, dentre outros meios, por um ordenamento jurídico eficiente.

Eros Grau afirma que “o desenvolvimento deve levar a um salto de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário”⁶³. Ora, uma das melhores maneiras de assegurar essa elevação do nível econômico e do nível cultural se dá por meio da adoção de regras e políticas eficientes para alcançar os melhores resultados.

Entretanto, a eficiência não pode ser tida como um valor em si, mas como um componente de valor que, somada a outros valores, pode servir para se alcançar objetivos maiores. No artigo 170 da Constituição Federal, vê-se que a finalidade da ordem econômica não é assegurar a maximização da riqueza, mas sim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Vê-se, nesse artigo, uma posição similar àquela defendida por Calabresi que dá à justiça um papel dominante, inclusive com poder de veto sobre medidas que venham a ser tomadas, mesmo que eficientes⁶⁴. “A Constituição é capitalista, mas a liberdade é apenas admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre os demais valores da economia de mercado”⁶⁵.

63 GRAU, Eros Roberto. Op. cit. p. 238-239.

64 CALABRESI, Guido. *The costs of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale, 1970. p. 25.

65 GRAU, Eros Roberto. Op. cit. p. 212-213.

Assim, deve-se entender possível a imposição do plano de recuperação judicial aos credores desde que não haja uma discriminação injusta, desde que se atenda ao melhor interesse dos credores e desde que o plano seja justo. Caberá não ao arbítrio, mas ao convencimento do juiz, a identificação desses critérios nos casos concretos para a aplicação de um *cram down* no Brasil, pelos benefícios que tal instituto traz. Eduardo Secchi Munhoz foi extremamente feliz ao afirmar que “é hora de superar o dualismo soberania do juiz vs. soberania dos credores, que se tornou anacrônico no direito falimentar contemporâneo, em vista do consenso em torno da ideia de que o sistema deve procurar conciliar o papel do juiz, do devedor e dos credores na produção de soluções que atendam a função pública do direito da empresa em crise”⁶⁶.

No pedido de recuperação judicial nº 100.09.121755-9 em São Paulo, o juízo de primeiro grau houve por bem superar a exigência do consentimento dos credores e conceder a recuperação judicial da Varig Logística S/A (VARIGLOG). Tal decisão, a meu ver, mostra-se correta, uma vez que baseada nos princípios e nas consequências de uma eventual decretação da falência, justificativas suficientes para a superação de um significado aparentemente óbvio da legislação.

Ao deferir a recuperação, a juíza afirmou expressamente que os princípios dão base a essa atuação mais firme do Poder Judiciário, nestas situações. A menor força dos princípios como premissas de argumentação prática significa uma maior amplitude justificativa⁶⁷ e permite que se dê coerência à decisão dentro do sistema, sem precisar falar em um protagonismo judicial⁶⁸. Vale a pena aqui transcerver trecho da *ratio decidendi*:

66 MUNHOZ, Eduardo Secchi. Op. cit. p. 199.

67 ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996. p. 21.

68 SORIANO, Leonor Moral. A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning. A Model for the European Court of Justice. *Ratio Juris*, v. 16, nº 3, Sep., 2003, p. 322.

Ora, se o plano tem fundamento técnico e está construído à luz do artigo 50 e possui substância, embasamento e conteúdo próprios que demonstram a possibilidade de recuperação da empresa a certo prazo e a sua importância e função social no cenário nacional como deveria ser vista a investida hostil de credores pela via assemblear com a finalidade única de gerar a falência?” Para estas situações, desde que observada a viabilidade de recuperação, possível a aprovação do plano pelo juiz, atento à razoabilidade da situação, o mesmo ocorrendo em relação ao não preenchimento do disposto no inciso I do mesmo artigo. Não se trata de assistencialismo estatal, pois aqui se mostra latente a necessária observação de outras circunstâncias, que não apenas o disposto literalmente na lei, sob pena de decretação da falência de empresa que, ao menos por ora, apresenta condições de recuperação. Ao magistrado deve ser dada a discricionariedade de ponderar, sempre atento ao princípio da preservação da empresa, sopesando, por óbvio, o interesse dos credores e, sobretudo, com a segurança de não se estar tratando de maneira diferenciada os credores da classe que houver rejeitado o plano.

Assim, considerados os critérios objetivos do “*cram down*” previstos na Lei nº 11.101/05, somados à ausência de prejuízo dos credores que reprovaram o plano e as observações relacionadas ao direito de concorrência, com destaque para a postura incongruente de credores detentores de quase cinquenta por cento em valor de créditos daqueles que rejeitaram o plano, observadas as circunstâncias referidas acima e, sobretudo, demonstrada a capacidade de recuperação da empresa, mostra-se viável e mesmo necessária a ponderação dos valores colocados em aparente conflito, mas que, se sopesados, indicam a prevalência da função social da empresa e da preservação desta. Anoto que, obviamente, a situação é excepcional, porém, certamente, atende aos princípios que nortearam o legislador da lei recuperacional, mormente observado o caso concreto, de onde extraio a possibilidade de recuperação, sem qualquer afronta aos demais dispositivos da lei sem carga principiológica evidente. Com efeito, na esteira dos princípios fixados no artigo 47 da Lei nº 11.101/05, a recuperação tem por objetivo a superação da crise econômico-financeira do devedor, permitindo a manutenção da empresa como

fonte produtora, incluindo aí os empregos dos trabalhadores e o devido respeito ao interesse dos credores, de modo que o plano deve ser aprovado.

Em complemento, a referida decisão ainda sopesou as consequências de uma eventual decretação da falência de uma empresa que se mostrava viável. Em outro caso, o TJSP afirmou na decisão pela concessão da recuperação judicial que “não se trata de recuperação judicial de empresa de “fundo de quintal”⁶⁹, demonstrando a importâncias das consequências da decisão proferida.

Como afirmado por MacCormick, as decisões devem fazer sentido não apenas em relação ao sistema, mas também em relação ao mundo⁷⁰ e, nesse aspecto, deve-se sempre avaliar as consequências da decisão. Não há motivo razoável para encerrar uma atividade que tem a possibilidade de continuar e gerar novas riquezas. Nesse sentido, mais uma vez é oportuno transcrever trecho da fundamentação utilizada no caso da Variglog:

Pelos fatos trazidos, a empresa ainda pulsa, tanto que pelos relatos das atas das assembléias de credores extraio que houve ampla discussão sobre o plano de recuperação apresentado, inclusive com a acolhida de várias retificações propostas pelos credores, até que se chegasse ao plano final e o início da votação, tudo a indicar sua possibilidade de retornar à vitalidade. Evidente que não está em plenas condições, pois, do contrário, não estaria em processo de recuperação judicial, porém, enquanto ainda persistem as condições de funcionamento e atividade, desde que, sempre ressalto, não se mostre temerária ao direito de seus credores, não há razão plausível para a sua liquidação. Ilustra tal fato, por exemplo, que os credores trabalhistas que impugnaram a decisão que deferiu o

69 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 994.09.282057-0. Relator: Desembargador Romeu Rícupero. Câmara Reservada à Falência e Recuperação. São Paulo, 06 de abril de 2010. Publicado em 16 de abril de 2010.

70 MACCORMICK, Neil. Op. cit. p. 131.

processamento da recuperação judicial, após a discussão do plano, acreditaram em sua viabilidade e o aprovaram, justamente porque consistente e calçado em projeções reais de recuperação.

Tal decisão foi confirmada pelo TJSP por outros fundamentos, mas cabe aqui a análise justamente dos critérios utilizados no caso concreto.

Os requisitos impostos pelo direito norte-americano podem servir de referência para a melhor aplicação da legislação nacional sobre o assunto, cumprindo inclusive objetivos constitucionais e assegurando a maior eficiência possível ao regime da recuperação judicial.

A lógica jurídica, especialmente a judiciária, não se apresenta como uma lógica formal, mas como uma argumentação que depende do modo como os poderes concebem sua missão e da ideia que têm do direito e de seu funcionamento na sociedade⁷¹. Os princípios e as consequências servem de fundamento primordial para eventual superação de significados aparentemente óbvios de certas normas. Nesse sentido, há que se admitir, desde que fundamentada pelas consequências e pelos princípios da função social e da preservação da empresa, a superação da exigência do consentimento dos credores para a concessão de recuperação judicial.

4.3. A possibilidade no Brasil da desconsideração da vontade de alguns credores: a teoria do conflito de interesses

Além da eventual superação, no sentido de contrariar a própria deliberação dos credores, também há que se verificar se o juiz pode simplesmente desconsiderar a vontade de alguns deles. Não há previsão específica nesse sentido, mas há bons fundamentos para jus-

71 PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 243.

tificar tal postura, tomando como parâmetros as regras sobre a manifestação de voto nas sociedades anônimas.

Nas sociedades, o voto abusivo ou em conflito de interesses é passível de invalidação, por representar um voto proibido pela legislação⁷². A ideia é garantir o cumprimento da função social do direito de voto. Pela similaridade entre a assembleia de credores e assembleia de sócios ou acionistas, seria factível aplicar essa teoria para permitir que o juiz anule ou desconsidere certos votos proferidos na assembleia. No mesmo caso da Varig Logística, a magistrada concluiu que, dentre os 27 credores que rejeitaram o plano, do universo de 129 que estavam presentes na assembleia, alguns detinham interesses concorrenciais diversos daqueles relacionados à recuperação de seus créditos e da companhia em recuperação judicial, citando, especificamente, a ATLANTIC, maior credora quirografária (crédito de R\$ 28.522.124,96) e que representa interesses da concorrente LAN Chile, desde que pertencem ao mesmo grupo.

Embora não reconhecida expressamente na Lei nº 11.101/2005, não há dúvida de que é possível afastar os votos abusivos ou conflitantes proferidos pelos credores na assembleia, em razão da própria interpretação sistemática e teleológica do texto da lei⁷³. Verificando o abuso do credor, que, por exemplo, manifesta o seu voto com a intenção de beneficiar concorrentes do devedor, o juiz deverá anular o voto e não computá-lo na análise do plano de recuperação judicial.

Apesar de não se negar sua aplicabilidade, não há como negar a existência de diversos problemas na transposição dessa teoria do direito societário para o direito das empresas em crise, em razão da configuração ou não do abuso ou do conflito pelos credores, porquanto estes estão naturalmente orientados por motivos pessoais.

72 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembleia geral das S.A.* São Paulo: Malheiros, 1999. p. 117.

73 MUNHOZ, Eduardo Secchi. Op. cit. p. 194.

Os credores, naturalmente, possuem uma situação de conflito em relação ao devedor, pois não há dúvida de que o interesse deles é receber o mais rápido possível o seu crédito. Esse conflito formal não pode ser considerado suficiente para invalidar o voto do credor, sob pena de inviabilizar a própria realização da assembleia. Da mesma forma, não se pode considerar abusivo o voto do credor movido pelo interesse individual de recebimento do crédito, pois tal conduta é esperada e não pode ser punida.

Desse modo, a única hipótese de aplicação da teoria do conflito de interesses na assembleia de credores ocorreria quando o credor manifestasse seu voto movido por interesses externos, que não o recebimento do próprio crédito⁷⁴. Não se pode pretender que o credor vote sempre tendo em vista o interesse social na recuperação judicial, vale dizer, é natural que o credor paute sua manifestação pelo seu interesse individual no recebimento do crédito. Apesar disso, quando restar comprovado que o voto é motivado por interesses externos (benefício a concorrentes, substituição em contratos, vingança etc.), o juiz teria o poder de desconsiderar os votos proferidos.

74 Ibid. p. 193.