

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

GABRIEL ABREU DA SILVEIRA

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA HOMOLOGAÇÃO DO PLANO
DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: O CONFLITO ENTRE A DECISÃO
DOS CREDORES E A DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ**

CURITIBA
2017

GABRIEL ABREU DA SILVEIRA

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA HOMOLOGAÇÃO DO PLANO
DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: O CONFLITO ENTRE A DECISÃO
DOS CREDORES E A DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito com Habilitação em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Marcia Carla P. Ribeiro

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

GABRIEL ABREU DA SILVEIRA

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: O CONFLITO ENTRE A DECISÃO DOS CREDORES E A DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ

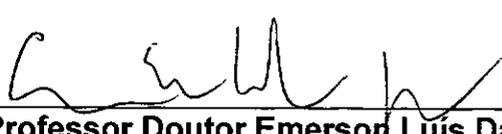
Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito com Habilitação em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, à seguinte banca examinadora:

Orientadora:



Professora Doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro

Membros:



Professor Doutor Emerson Luis Dal Pozzo



Professor Mestre Giovanni Ribeiro Rodrigues Alves

Curitiba, 9 de novembro de 2017.

*À Maria Etelvina de Abreu,
por tudo o que sempre será.*

RESUMO

Diante da necessidade de adequação do sistema falimentar à importância da empresa no contexto socioeconômico do país, a Lei nº 11.101/2005, sobretudo em matéria de reestruturação, inova em aspectos fundamentais. Regido pelo princípio da preservação da empresa, o diploma legal inaugura a recuperação judicial como principal instrumento voltado à superação da situação de inadimplência do devedor empresário. Contudo, de modo diverso do que acontecia no regime anterior, essa reorganização passa a ser decidida pelos próprios credores do requerente reunidos em assembleia, fator que, inevitavelmente, provoca uma séria discussão no que diz respeito a um provável conflito de interesses. Nesse sentido, observando o interesse coletivo por detrás da função social da empresa, o presente estudo busca investigar a possível mitigação da autonomia da assembleia-geral de credores na decisão que concede o benefício legal. Para isso, enfatiza-se no exame da viabilidade econômico-financeira do plano de recuperação judicial, deliberação assemblear que almeja selecionar as empresas capazes de superar a crise na qual estão imersas. Em análise doutrinária e jurisprudencial, confirma-se como pacífico o entendimento de que a atuação judicial deve ser limitada à apreciação de questões de legalidade do plano, de modo que a viabilidade, isto é, o mérito, deve ser decidido de acordo com a subjetividade dos credores. De toda forma, defende-se que interesses egoístas não devem ser legitimados pelo ordenamento sob a escusa da soberania da assembleia-geral, ainda que isso não signifique dizer que o juiz está livre para fundamentar a desconstituição da decisão assemblear mediante uso de base principiológica. Por esse motivo, em observância à intenção do legislador quando da edição da lei falimentar, considera-se importante a implementação de critérios objetivos de viabilidade econômica para fins de se reforçar a eficiência do plano de recuperação judicial.

Palavras-Chave: Lei nº 11.101/2005. Recuperação Judicial. Plano de Recuperação. Função Social da Empresa. Assembleia-Geral de Credores. Viabilidade Econômica. Controle Judicial.

ABSTRACT

Given the need to adapt the bankruptcy system to the importance of the company in the socioeconomic context of the country, the Law nº 11.101/2005, especially in terms of restructuring, innovates in fundamental aspects. Governed by company's preservation principle, the legal diploma inaugurates judicial reorganization as the main instrument aimed at overcoming the debtor businessman default situation. However, unlike in the previous regime, this recuperation is now decided by the applicant's own creditors, which inevitably leads to serious discussion about a probable conflict of interests. In this sense, observing the collective interest behind the company's social function, the present study seeks to investigate the possible mitigation of the autonomy of the general meeting of creditors in the decision that grants the legal benefit. Taking it into account, emphasis is placed on the economic-financial's viability exam of the judicial reorganization plan, a joint deliberation that aims selecting the companies capable of overcoming the crisis in which they are immersed. In a doctrinal and jurisprudential analysis, it is confirmed as peaceful the understanding that judicial review should be limited to questions assessment of the plan's legality, so that viability, which is, the merit, must be decided according to the subjectivity of the creditors. In any case, it is argued that selfish interests should not be legitimated by the legal order under the excuse of the general assembly's sovereignty, although it does not mean that the judge is free to justify the assembly decision's disconstitution based on the use of principles. For this reason, in compliance with the legislator's intention when the bankruptcy law is promulgated, it is considered important to implement objective criteria of economic viability in order to strengthen the efficiency of the judicial reorganization plan.

Keywords: Law nº 11.101/2005. Judicial Reorganization. Reorganization Plan. Social Function of the Company. General Assembly of Creditors. Economic Viability. Judicial Review.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---------------------------------------------------------------|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 | A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO | 11 |
| 2.1 | O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL..... | 14 |
| 2.2 | PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL..... | 17 |
| 2.3 | PLANO DE RECUPERAÇÃO | 20 |
| 3 | O VOTO NA ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES | 24 |
| 3.1 | ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES..... | 24 |
| 3.2 | AUTONOMIA DA VONTADE VS. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA..... | 26 |
| 3.3 | ABUSO DO DIREITO DE VOTO | 31 |
| 4 | CONTROLE JUDICIAL DO PLANO DE RECUPERAÇÃO | 37 |
| 4.1 | PONDERAÇÕES SOBRE A SOBERANIA DA ASSEMBLEIA..... | 38 |
| 4.2 | EXTENSÃO DO CONTROLE JUDICIAL | 42 |
| 4.3 | ADOÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS DE VIABILIDADE | 47 |
| 5 | CONCLUSÃO | 50 |
| | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 54 |

1 INTRODUÇÃO

Como um importante instrumento para minimização das incertezas do mercado, a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, conhecida como Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF), implementou relevantes mudanças na disciplina do empresário e da sociedade empresária em dificuldade econômico-financeira. Estruturada por força do seu art. 47, a lei é regida pelo princípio da preservação da empresa, ideal que, em observância à função social da empresa, dá a tônica da pretensão do legislador.

Deste modo, diante dos benefícios trazidos pela manutenção da unidade produtiva, como, por exemplo, a capacidade de produção, a geração de empregos e a arrecadação tributária, emerge a importância de se instituir um mecanismo hábil o bastante para reorganizar a empresa economicamente. O sistema falimentar, portanto, estabelece objetivo mais amplo do que a simples satisfação de credores. Inaugura-se uma nova lógica na qual se busca a proteção jurídica do mercado mediante a recuperação das empresas viáveis e liquidação eficiente das empresas sem possibilidade de reabilitação.

Nesse sentido, no que diz respeito à empresa com possibilidade real de reorganização econômico-financeira, o principal instituto trazido pela lei falimentar é a recuperação judicial. Trata-se de um instrumento relativamente novo no ordenamento jurídico que, por meio da participação de diversos grupos de credores, estabelece mais possibilidades de o devedor se reerguer financeiramente e continuar realizando seus negócios quando comparado à concordata, instrumento jurídico responsável pela superação da crise no diploma falimentar anterior.

De toda sorte, para que se faça valer a lógica da lei, é imprescindível que se examine a possibilidade de reabilitação da empresa que pede a concessão do benefício, o que, por sua vez, ocorre mediante análise de sua viabilidade econômica esboçada em um plano de recuperação.

Após o deferimento do processamento da recuperação judicial, abre-se prazo para que o devedor, sob pena de falência, apresente o plano de recuperação. É nesse momento que o empresário deve apresentar alternativas para sua reorganização empresarial. Havendo objeções, porém, o juiz determinará a formação da assembleia-geral de credores (AGC). Nesta reunião, os credores irão discutir a respeito da aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação

judicial apresentado pelo devedor.

Desta forma, considerando o princípio regente da lei, exige-se, quando da formação da assembleia para deliberação e votação do plano, completa observância à importância da preservação da empresa por parte dos credores, sendo vedado o abuso do poder de voto. A ideia é que, com base em estudo da proposta do devedor, os votantes concordem ou discordem da viabilidade econômica da empresa, aprovando ou reprovando o plano de recuperação.

Todavia, no caso concreto, depara-se com interesses divergentes no processo recuperacional.

Há, de um lado, como não seria diferente, interesse direto dos credores em receber seus respectivos créditos da forma mais rápida possível. Entre estes credores, inclusive, existem aqueles que de certa forma se favoreceriam com a quebra do devedor em função das posições privilegiadas que ocupam na ordem de recebimento na falência. De outro lado, no entanto, possuindo visão diametralmente oposta, o interesse do devedor é o de fixar um longo prazo para cumprimento da obrigação a fim de possibilitar seu restabelecimento econômico.

São visíveis, portanto, os obstáculos para adesão à recuperação judicial.

Por essa razão, a maior dificuldade do devedor na elaboração do plano de recuperação judicial é justamente o convencimento para que os credores deliberem cooperativamente. É desta forma porque a classe só irá aprovar o plano se for convencida de que a aprovação do plano será, de fato, mais vantajosa do que a falência e consequente liquidação dos ativos.

Visto isso, em alusão ao interesse público de preservação da empresa economicamente viável, cabe investigar a extensão da autonomia da assembleia na concessão da recuperação judicial. Questiona-se, sobretudo, a respeito de eventual vinculação do voto dos credores quando observada a viabilidade empresarial no caso concreto. Sobre o assunto, inclusive, atenta-se à possibilidade de o juiz interferir na decisão assemblear para, não obstante a prévia deliberação dos credores, proferir decisão contrária. Em outras palavras, busca-se averiguar a legitimidade do magistrado para, com fundamento na preservação da empresa e na função social que esta exerce perante a sociedade, homologar um plano de recuperação previamente rejeitado pelos credores.

Desta forma, inicialmente, conceituar-se-á apropriadamente a recuperação judicial, trazendo, além de uma breve imersão histórica para fins comparativos, um

detalhamento do processo e os pormenores envolvidos no plano de recuperação apresentado pelo devedor.

Depois de apresentado o processo recuperacional, passa-se à questão do voto em assembleia-geral para que se compreenda o papel dos credores na superação da situação de crise do devedor. Nesse momento, questiona-se o princípio majoritário a partir da instauração do conflito entre o interesse individualista de recebimento do crédito e o interesse coletivo de preservação de uma empresa viável. Por esse motivo, com ênfase principalmente no exercício regular do direito, o presente trabalho procura explicitar o que define o voto abusivo.

Por fim, compreendido o instituto e examinado o alcance do direito de voto em conclave, busca-se aferir a extensão do controle jurisdicional na recuperação judicial. Em um primeiro momento, a principal preocupação é de explicar como se admite qualquer forma de controle quando a decisão é proferida por uma assembleia dotada de soberania. Em seguida, com base na função social da empresa, tratar-se-á da própria extensão do controle judicial sobre o processo, confrontando a possibilidade de intervenção do juiz à constatação da viabilidade empresarial. Como conclusão, o presente estudo apontará a alternativa da fixação de parâmetros objetivos de viabilidade econômico-financeira e suas consequências no âmbito da recuperação judicial.

2 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A recuperação judicial foi introduzida no Brasil pela Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, diploma legal que, além de regular o referido instituto, também trouxe regulamentação a respeito da recuperação extrajudicial e da falência do empresário e da sociedade empresária, sendo conhecida como Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF).

Sua criação se deu em momento histórico no qual se buscava substituir a concordata, disciplinada pelo antigo Decreto-Lei nº 7.661/1945, responsável também pelo processo falimentar.

Disposta apenas no Título X, ou seja, após toda a normatização da falência, a concordata previa duas modalidades que variavam de acordo com o momento no qual havia sido requerida: preventiva e suspensiva. Conforme estabelece a própria nomenclatura, a concordata preventiva tratava do pedido com o objetivo de prevenir a decretação da falência, tendo, de outro lado, a concordata suspensiva a finalidade de suspender uma falência já em curso.

Notou-se, porém, que, em virtude de suas particularidades legais, a concordata - tanto a preventiva como a suspensiva - não estava satisfazendo os interesses para os quais havia sido criada.

Em que pese constituísse instrumento indispensável à recuperação econômico-financeira da empresa em dificuldade, tornou-se inadequada por uma série de inconvenientes. Entre eles: (i) não conferir segurança ao devedor em relação aos recursos financeiros necessários à continuação da atividade empresarial, fato que lhe dava caráter de simples moratória; (ii) o prazo exíguo de dois anos para o pagamento de credores; (iii) a abrangência específica a credores quirografários, vedando-se, sob pena de falência, a convocação dos demais credores para a negociação; e (iv) a simples previsão de prazo e/ou desconto como mecanismo de reestruturação empresarial.¹

¹ Nessa lógica, classifica-se a concordata em moratória/dilatatória, remissória e mista, sendo a última, de fato, a mais comum entre todas uma vez que concede prazo e desconto de forma concomitante. Para o pedido de concessão da concordata preventiva, o Decreto-Lei nº 7.661/1945 demandava, por meio de seu art. 156, § 1º, o pagamento mínimo de 50% do débito quando à vista e de 60%, 75%, 90% ou 100% do débito, respectivamente em 6, 12, 18, ou 24 meses, quando a prazo, devendo, nas duas últimas hipóteses, ser pagos, pelo menos, 2/5 ainda no primeiro ano. No caso da concordata suspensiva, por outro lado, o diploma legal, por meio do art. 177, parágrafo único, previa o pagamento mínimo de 35% do débito quando à vista e 50% quando a prazo, não podendo, neste caso, exceder dois anos e devendo ser pagos 2/5 ainda no primeiro ano.

Outro inconveniente do sistema da concordata era o fato de sua concessão depender apenas de análise de alguns pressupostos formais sem, contudo, adentrar às verdadeiras causas da insolvência ou, ainda, investigar a respeito da viabilidade econômica do projeto de reorganização empresarial. Este fato, por consequência, permitia que, em função de uma costumeira complacência dos juízes, empresas notadamente inviáveis obtivessem o benefício.²

Destarte, além da fundamental necessidade de envolvimento dos outros grupos de credores em razão da ordinária exigência de garantias para concessão de crédito, estava claro, diante da complexidade das relações empresariais, que, por vezes, a estipulação de um prazo não é suficiente para que as empresas consigam de fato superar a crise na qual estão imersas.

Nessa linha, também surge a necessidade de se aprofundar mais nas questões de viabilidade da empresa e do plano de recuperação, de modo que o instrumento de reestruturação empresarial não fosse mais entendido como um mero favor legal ou, então, como um mecanismo de atravancamento do pagamento dos credores.³

Com efeito, a Exposição de Motivos da Lei nº 11.101/2005 assinada por Maurício Corrêa, então Ministro da Justiça, em 27 de julho de 1993, demonstra, além do propósito da proteção do interesse da economia nacional e da manutenção dos seus trabalhadores em seus empregos, a preocupação com a solução do

² Explica Rubens Requião que “o erro fundamental do sistema da concordata preventiva e mesmo da concordata suspensiva, em nossa Lei de Falências, é permitir sua concessão, atendidos apenas alguns pressupostos formais. Não se cogita de saber as verdadeiras causas da insolvência do devedor; não se cogita sequer de indagar se ele tem um projeto viável para a reorganização de sua empresa; não se indaga se foi ele inepto ou incompetente. Atendidos os pressupostos legais e formais, os juízes geralmente complacentes, estão dispostos a fazer vista grossa sobre os desmandos econômicos e financeiros evidentes, para conceder logo a concordata. Nesse sistema legal, a concordata não poderia deixar de constituir um meio hábil de enriquecimento dos devedores mais sagazes e menos escrupulosos”. (REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 247)

³ “Anteriormente, bastava uma singela petição de concordata para, presentes os requisitos formais e legais, se deferir a concordata, travando o pagamento aos credores, e impondo sérias medidas contra aqueles que venderam o crédito, confiando no recebimento. Foi exatamente por isso que a concordata modernamente se desmoralizou por completo, servindo, tantas vezes, de fraude contra credores, que de boa-fé, venderam bens ou prestaram serviços, e depois se depararam diante da situação destes recebíveis que desapareceram em processos concordatários morosos e infundáveis. Com a nova Lei a alteração de perspectiva é total, uma verdadeira revolução copernicana em sede legislativa, que muitos, infelizmente, não estão preparados para tratar. A nova Lei disciplina, em sede de recuperação judicial, única e exclusivamente a discussão de viabilidade econômica e financeira da empresa – ou seja, tudo que existe de mais completo em administração e reestruturação societária.”. (SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de Direito Falimentar, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 154).

passivo mediante demonstrativo de viabilidade do plano.⁴

A LREF, diferentemente do que acontecia na vigência do Decreto-Lei nº 7.661/1945, apresenta seu principal instrumento de recuperação da empresa em dificuldade já no Capítulo III, isto é, logo após as disposições gerais e antes de trazer os artigos atinentes à falência. Isso porque, nesse diploma legal, emerge a importância de um princípio que, apesar do nome, é comum tanto à recuperação quanto à falência. Trata-se do princípio da preservação da empresa, ideal que deve ser respeitado diante da importância da empresa em aspectos sociais, econômicos e tributários.⁵

Nessa linha, explicita Hernani Estrella que se ligam à vida da empresa todos aqueles que se relacionam com ela, seja por meio de relações econômicas para suprimento de bens e serviços, seja por meio de dependência, como empregados ou, então, clientes que adquirem a produção. Assim, "tudo isso, a par da soma de esforços e trabalhos que a constituição dela pressupõe, justifica as cautelas da lei, não facilitando, antes pelo contrário, dificultando os casos de sua extinção".⁶

Muda-se, portanto, o viés da lei.

O foco passa a ser a proteção jurídica do mercado, seja para determinar a permanência em atividade da empresa até a superação da crise, ou então, conforme o caso, seja para determinar a sua falência. De acordo com Manoel Justino Bezerra Filho, a aplicação imperativa da recuperação judicial se fundamenta na preservação da empresa economicamente viável, motivo pelo qual as empresas em dificuldade econômico-financeira, porém em crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada para que não perturbem o bom andamento das relações econômicas do mercado.⁷

Desta forma, a análise de viabilidade econômica da empresa, recebe um

⁴ BRASIL. Exposição de motivos da Lei nº 11.101, de 9 de fev. de 2005. Diário do Congresso Nacional, Seção 1, 22/2/1994, p. 1987.

⁵ O princípio da preservação da empresa se insere no art. 47 da LREF quando prescreve que "a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

⁶ ESTRELLA, Hernani. Despedida de Sócio e Apuração de Haveres. Rio de Janeiro: José Konfino, 1948, p.80. apud BARUFALDI, Wilson Alexandre Des Essarts. Recuperação judicial: dos fundamentos a uma proposta de interpretação do artigo 67, *caput*, da Lei nº 11.101, de 2005. 331 f. Dissertação de Mestrado. Curso de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012. p. 59.

⁷ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. In: Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 130.

peso que outrora não se cogitava.

Posto isso, frisa-se que muito embora a LREF também preveja a recuperação extrajudicial como instrumento de reestruturação da empresa em crise, a abordagem da pesquisa se dá especificamente na problemática que envolve a recuperação judicial. O recorte, de fato, tem sua razão de ser tendo em vista que a proposta demanda análise a partir da formação da assembleia-geral de credores (AGC), motivo pelo qual também não se adentrará ao plano especial para microempresas e empresas de pequeno porte.⁸

2.1 O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A recuperação judicial é o principal instrumento instituído para fazer valer a lógica da busca pela reestruturação do negócio do empresário em dificuldade por meio da valorização da empresa. Trata-se de instituto novo no ordenamento jurídico que, em detrimento à noção de favor legal, demanda participação de diversos grupos de credores, examina profundamente a viabilidade da empresa e estabelece mais possibilidades de o devedor se reerguer financeiramente.

Veja-se, pois, a definição de Jorge Lobo:

Um instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juízo, implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembleia geral.⁹

Situa-se, portanto, que a recuperação judicial é um instrumento pelo qual, sob uma ótica de solidariedade, objetiva-se superar o estado de crise do empresário

⁸ Art. 72, LREF. Caso o devedor de que trata o art. 70 desta Lei opte pelo pedido de recuperação judicial com base no plano especial disciplinado nesta Seção, não será convocada assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano, e o juiz concederá a recuperação judicial se atendidas as demais exigências desta Lei.

⁹ LOBO, Jorge. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Coord. Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 119-120.

para o fim de preservar todas as benesses atreladas à atividade produtiva da empresa. Para isso, conforme trazido, o empresário deve apresentar um plano de recuperação judicial, explicitando os meios pelos quais pretende utilizar para se restabelecer economicamente.

Diferentemente do que acontecia na concordata, a recuperação judicial exige informações exatas a respeito da motivação da crise econômico-financeira sofrida pelo empresário, bem como demanda que o devedor apresente alternativas concretas em relação aos meios dos quais se utilizará para superá-la. Vale dizer, o devedor precisa apresentar estratégias para provar sua viabilidade econômica. Nessa toada, além de sugerir diversos meios que podem auxiliar o reerguimento do devedor, a lei de 2005 ainda se preocupou com a efetividade da recuperação judicial, prevendo algumas facilidades para o fomento da manutenção e desenvolvimento da atividade produtiva da empresa em dificuldade. Em última análise, a LREF confere segurança para que o devedor continue seu negócio.

Exemplos importantes destes mecanismos criados pela lei falimentar são: (i) a extraconcursalidade do crédito auferido por aquele que se propõe a continuar fazendo negócio com a empresa recuperanda;¹⁰ e, nos casos em que o plano prevê a alienação de filiais, (ii) a ausência de sucessão tributária e trabalhista do adquirente da unidade produtiva.¹¹⁻¹²

De um lado, é visível que a não sujeição desse crédito ao concurso de credores cria um ambiente de mais segurança no mercado, considerando o estímulo aos agentes econômicos a continuarem realizando normalmente negócios com as

¹⁰ Art. 67, LREF. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.

¹¹ Art. 60, LREF. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

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

¹² Nesse sentido, para fins de compatibilização às inovações trazidas pela Lei de Recuperação de Empresas e Falência, foi promulgada a Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, que, entre outras modificações, alterou o art. 133, § 1º, do Código Tributário Nacional para afastar a sucessão de responsabilidade tributária na aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional em procedimento de falência ou recuperação judicial.

empresas recuperandas. Por outro, a desoneração da unidade produtiva é um mecanismo que gera maior aceitação do mercado, o que, sem dúvida, eleva a valoração do objeto da venda e diminui o custo de transação. Vale ressaltar, de todo modo, que, embora se trate de fato de um desfazimento, a alienação de filiais do devedor está em consonância com o princípio da preservação da empresa tendo em vista ser em muitos casos uma solução que permite a manutenção da atividade econômica.

Como se observa, o intuito da lei é conferir efetividade à recuperação da empresa, inspirando-se, para isso, em uma lógica de proteção jurídica ao mercado e preservação de todas as relações que permeiam a atividade empresarial.

Da mesma forma que a falência, a recuperação judicial é fundada na pessoa do administrador judicial, em substituição ao síndico e ao comissário previstos pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945. É, em relação à lei anterior, figura de maior apreço, visto que não é escolhido entre os maiores credores, mas, sim, com base em análise de sua formação acadêmica e profissional. Na recuperação, como prevê o art. 22 da LREF, o administrador funciona, principalmente, como um órgão auxiliar do Poder Judiciário com papéis de organização do processo, apresentação de relatórios mensais e fiscalização do cumprimento do plano.

Essa recuperação, de todo modo, não ocorre à revelia dos credores.

Em verdade, uma vez que são os prejudicados diretos pelo inadimplemento do devedor, bem como são aqueles que estarão vinculados pelo plano, os credores se apresentam como protagonistas da recuperação judicial, deliberando sobre o conteúdo da proposta do devedor. Por essa razão, para fazer valer a lógica da lei, é necessário que, em detrimento à simples satisfação de seu respectivo crédito, a classe se reúna para discutir a respeito da viabilidade econômica da empresa em dificuldade.

Nesse sentido, caso, tacita ou expressamente, os credores aprovem o plano, os créditos anteriores ao pedido sofrerão os efeitos da novação.¹³⁻¹⁴

Quando homologado, fixa-se um marco inicial para a recuperação judicial da empresa. Nessa linha, em que pese o plano possa prever obrigações a serem

¹³ Art. 59, LREF. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

¹⁴ Art. 360, I, CC. Dá-se a novação quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior.

adimplidas ao decorrer de vários anos, o *status* de recuperanda, de acordo com o art. 61, *caput*, da lei falimentar, perdurará até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até dois anos do referido início da recuperação judicial.

De toda sorte, dada a complexidade do instituto, a recuperação apresenta um procedimento detalhado que deve ser rigorosamente cumprido, sob pena de decretação da falência.

2.2 PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Observa-se, inicialmente, que se trata de um instituto jurídico exclusivamente voltado ao saneamento do estado de crise do empresário, isto é, daquele que, nos termos do art. 966 do Código Civil, exerce atividade de natureza empresarial.¹⁵ De fato, como um todo, a LREF apenas se aplica ao empresário individual, à sociedade empresária e à Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI.¹⁶

Todavia, não obstante os requisitos de incidência da lei, quando se trata de pedido de recuperação judicial, o devedor empresário ainda precisa, na forma do art. 48, no momento do pedido de recuperação, comprovar que exerce atividade empresária por, no mínimo, dois anos, além de não ser falido, não ter obtido concessão da recuperação judicial nos últimos cinco anos e nem ter sido condenado por crime falimentar.

Cumpridos os requisitos mencionados, o devedor poderá requerer a recuperação judicial.

¹⁵ Art. 966, CC. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

¹⁶ Desta forma, de antemão, estão excluídas as sociedades simples uma vez que estas, nos termos da legislação aplicável, não desenvolvem atividade de natureza empresarial. Igualmente, por força de seu art. 2º, a lei falimentar estabelece diversas sociedades às quais seu regime não incide: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Por outro lado, as sociedades irregulares e os proibidos de exercer atividade empresária muito embora não possam pleitear a recuperação judicial, que é considerada como um benefício ao empresário que ostenta regularidade, sujeitam-se ao regime da falência.

Dirigida ao juízo do local do principal estabelecimento do devedor, como estabelece o art. 3º da lei falimentar, a petição inicial deve trazer fundamentação a respeito do seu estado econômico e os motivos pelos quais se justificam o pedido de recuperação, sendo instruída pelos documentos exigidos no art. 51 da lei. Trata-se, entre outros, da relação de credores, empregados, ações judiciais, além de demonstrativos contábeis. Isto, pois, com essas informações explícitas, confrontar-se-ão as soluções propostas às circunstâncias fáticas da empresa para fins de confirmação da pertinência da concessão.¹⁷

Após análise formal do pedido e dos documentos apresentados pelo devedor, será deferido o processamento da recuperação judicial, o que, explicita-se, de modo algum se confunde com a decisão que concede a recuperação judicial.

Nesta decisão, como prevê o art. 52 da lei falimentar, são incumbências do juiz: a nomeação do administrador judicial, a determinação da dispensa da apresentação de certidões negativas, a determinação da apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, a ordenação da intimação do Ministério Público e da comunicação à Fazenda Pública e, principalmente, a ordenação da suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor pelo período de 180 dias.

Também, na forma do art. 52, § 1º, da LREF, será expedido edital para divulgação do resumo do pedido e do deferimento do processamento da recuperação, da relação de credores, com a quantificação e classificação de cada crédito, e, finalmente, da advertência acerca dos prazos para habilitação. É a partir deste momento que, caso desejem, os credores podem requerer a convocação da assembleia para constituição do comitê de credores, órgão facultativo que, precipuamente, tem como incumbência a fiscalização das atividades e exame das contas do administrador judicial.

Como se observa, o momento processual que antecede o deferimento do processamento da recuperação judicial compreende, por parte do magistrado, uma fase de análise das condições jurídicas para o prosseguimento do feito. De outro lado, caso os requisitos estejam satisfeitos e o processamento seja deferido,

¹⁷ De todo modo, em que pese a intenção da lei, na prática se faz uma exposição estereotipada explicando o devedor, de forma genérica, que a situação de dificuldade econômico-financeira da empresa advém da terrível crise econômica que país enfrenta e da alta inflação. (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada. 3 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 146).

passa-se a uma fase na qual, com a participação dos credores, a análise realizada será predominantemente de cunho econômico.

Deferido o processamento da recuperação, conforme prevê o *caput* do art. 53 da lei falimentar, o devedor terá o prazo improrrogável de 60 dias para que, em juízo, apresente o plano de recuperação judicial, sob pena de convação em falência. Quando apresentado, nos termos do parágrafo único do dispositivo, o juiz deve ordenar a publicação de edital contendo aviso aos credores a respeito do recebimento do plano e, ainda, fixando prazo para manifestação de eventuais objeções. Em caso de objeção, o juiz deverá, também por edital, convocar a assembleia-geral de credores para que delibere a respeito do plano de recuperação apresentado, podendo os credores aprová-lo, reprová-lo ou, com o consentimento do devedor e sem implicar em diminuição dos direitos dos credores ausentes, modificá-lo.

Sendo concedida a recuperação judicial, o prazo máximo para aplicação de seu regime será de dois anos, de modo que o descumprimento de qualquer obrigação contraída enseja a convação em falência.¹⁸ O descumprimento, inclusive, implica o retorno dos créditos às condições contratadas anteriormente à recuperação judicial. Após o decurso do referido prazo, os credores que ainda não estiverem satisfeitos poderão retomar as execuções ou, então, requerer a falência do devedor.

Por outro lado, de acordo com o art. 63 da lei, se as obrigações forem cumpridas no prazo de dois anos, será, por sentença, decretado o encerramento da recuperação judicial, assim como, após a prestação de contas, determinado o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial. Ainda, haverá o levantamento das custas judiciais pendentes, a dissolução do comitê de credores, a exoneração do administrador judicial e a comunicação ao Registro Público de Empresas.

¹⁸ Art. 73, LREF. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: I – por deliberação da assembleia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei; II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei; III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei; IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não impede a decretação da falência por inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial, nos termos dos incisos I ou II do *caput* do art. 94 desta Lei, ou por prática de ato previsto no inciso III do *caput* do art. 94 desta Lei.

2.3 PLANO DE RECUPERAÇÃO

Conforme explicado, há, por parte do juiz, na primeira fase da recuperação judicial, uma análise formal da exposição das causas da crise econômico-financeira do empresário e dos documentos necessários para ajuizamento da ação de conhecimento. Então, caso haja cumprimento dos pressupostos formais exigidos pela lei, o juiz deve dar prosseguimento, é dizer, deve deferir o processamento da recuperação judicial.

Essa nova fase que se instaura após o deferimento fornece a real tônica do que vem a ser o instituto da recuperação judicial. A partir desse momento, a análise formal de legalidade dá lugar à análise, pelos credores, de cunho econômico. Para isso, o plano de recuperação é imprescindível, seja para que, sem objeções, os credores aprovem tacitamente o pedido do devedor, seja, então, de outro lado, para que a questão vá à deliberação da assembleia-geral de credores.

Trata-se, basicamente, sob uma visão interna, de um projeto com o qual o devedor vai apresentar a estratégia que pretende empregar para afastar a crise da sua empresa. Por outro lado, numa visão externa, o plano de recuperação é o meio pelo qual o devedor em crise apresenta aos credores sua compreensão acerca da extensão desse seu estado deficitário e o modo pelo qual pretende convencê-los a superá-lo.

Para elaboração do plano, deve o empresário em dificuldade realizar uma análise da empresa que considere, além de outros elementos, sua inserção no mercado e o ramo da atividade desenvolvida. Logo, devem ser detalhadas todas as medidas necessárias para que, com a reorganização da atividade do empresário, busque-se a continuação de sua atividade produtiva. Observa-se, ainda, a inexistência de parâmetros rígidos no que envolve as concessões mútuas contidas no plano de recuperação, o que significa que o conteúdo da proposta está atrelado às possibilidades, bem como aos interesses das partes envolvidas.¹⁹

De acordo com o art. 53 da Lei nº 11.101/2005, depois de deferido o

¹⁹ Com efeito, convencer os credores para que deliberem cooperativamente é por certo a maior dificuldade do devedor na elaboração do plano de recuperação judicial. Isso acontece porque, preservando seu interesse individual, o plano só será aprovado se os credores admitirem que a aprovação do plano será, de fato, mais vantajosa do que a falência e consequente liquidação dos ativos do devedor. (ESPÍNDOLA, Amanda Vilarino. O abuso do direito de voto na assembleia-geral de credores no processo de recuperação judicial. 136 f. Dissertação de Mestrado. Curso de Direito. Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima, 2010. p. 69)

processamento da recuperação judicial, o devedor tem o prazo improrrogável de 60 dias para, em juízo, apresentar o plano de recuperação. Esse plano deve conter: (i) a discriminação pormenorizada dos meios empregados na recuperação, com base no rol exemplificativo do art. 50; (ii) demonstração de sua viabilidade econômica; e (iii) laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor.

O referido dispositivo, portanto, estabelece pontos imprescindíveis para a elaboração do plano de recuperação judicial. Com efeito, quando se exige a discriminação pormenorizada dos meios empregados na recuperação, é importante que, ainda que não haja taxatividade no rol, conheça-se as operações sugeridas pela lei.

Quando, em seu Curso Avançado de Direito Comercial, obra realizada em coautoria com Marcelo M. Bertoldi, trata do plano de recuperação, Marcia Carla Pereira Ribeiro divide as medidas de recuperação elencadas pelo art. 50 da lei falimentar em quatro categorias distintas: de natureza obrigacional, societária, de modificação do controle e de titularidade.²⁰

Expõe a autora que, como medidas de natureza obrigacional, enquadram-se: (i) concessão de prazos e condições especiais de pagamento; (vii) trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados ou terceiros; (viii) redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; (ix) dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; (xi) venda parcial dos bens; (xii) equalização dos encargos financeiros a partir da distribuição do pedido de recuperação judicial. Como medidas de natureza societária, enquadram-se: (ii) cisão, incorporação, fusão ou transformação da sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios; (vi) aumento do capital social; (xv) emissão de debêntures, no caso de sociedade anônima. Como medidas de modificação do controle e administração, enquadram-se: (iii) alteração do controle societário; (iv) substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; (v) concessão aos credores de direito de eleição de administradores e poder de veto sobre determinadas matérias; (xiv) administração compartilhada. Por último, como medidas de modificação de titularidade,

²⁰ BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 570-571.

enquadram-se: (x) constituição de sociedade de credores; (xiii) usufruto da empresa; (xvi) constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

De todo modo, de acordo com o já antecipado, não se trata de rol taxativo, ou seja, as previsões do plano de recuperação poderão, sim, inovar em relação às hipóteses sugeridas pela lei observando o esforço do devedor empresário na busca de soluções criativas. Nessa linha, conclui Ribeiro que, diante da dinâmica a que estão sujeitos os empresários, “não se poderia supor que um pacote estanque e pré-estabelecido de providências fosse suficiente ou adequado para a recuperação do empresário em crise”. Por esta razão, é comum que o devedor adote várias estratégias de forma concomitante.

Em seguida, segundo o art. 53, parágrafo único, será publicado edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções.

Se não houver objeção ao plano, o juiz deverá conceder a recuperação judicial.²¹ Por outro lado, havendo objeção, o que geralmente é o caso, o juiz deve convocar a assembleia de credores para que se inicie uma deliberação sobre o plano de recuperação apresentado.²² Em outras palavras, não cabe ao magistrado apreciar uma objeção ao plano ou decidi-la, devendo o juiz, por outro lado, quando do recebimento de alguma objeção ao plano de recuperação judicial, simplesmente convocar a assembleia-geral de credores.²³

Sem prejuízo de possíveis modificações, feitas as deliberações, os credores votarão pela aprovação ou reprovação do plano de recuperação judicial. Assim, em caso de aprovação sem constatação de nenhum vício, o plano deve ser homologado pelo juiz. Por outro lado, em caso de reprovação também sem constatação de irregularidade, o juiz irá decretar a falência do devedor.²⁴

Ou seja, a recuperação judicial pode ser concedida tanto com base em uma

²¹ Art. 58, LREF. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

²² Art. 56, LREF. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.

²³ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 151.

²⁴ Art. 56, § 4º, LREF. Rejeitado o plano de recuperação pela assembleia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

aprovação tácita, quando inexistente objeção ao plano apresentado, como por aprovação expressa do plano de recuperação após convocação da assembleia para deliberar sobre a proposta do devedor.

De todo modo, a partir desse momento o plano de reorganização financeira do devedor começa a ser posto em prática.

É importante dizer que o plano de recuperação atinge todos os créditos que existam na data do pedido, ainda que não vencidos, excluindo, por outro lado, os créditos constituídos após o ingresso em juízo. Então, observa-se que a data a ser considerada para fins de sujeição ou não à recuperação judicial não é a data de vencimento da obrigação contraída, mas sim de sua constituição.

Conforme explicado anteriormente, o empresário devedor permanecerá em recuperação até o adimplemento de todas as obrigações previstas no plano que vencem no biênio compreendido a partir da homologação do plano de recuperação judicial. O descumprimento de qualquer obrigação, por outro lado, gera a convolação da recuperação em falência.²⁵

²⁵ Art. 61, LREF. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, 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.

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

§ 2º Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial.

3 O VOTO NA ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES

Caso seja impugnado por qualquer um dos credores, o plano de recuperação deve ser levado à assembleia-geral de credores. É nela que se realiza a deliberação para tomada da decisão mais importante do processo, qual seja a concessão ou não da recuperação judicial. Lembra-se, ainda, como fator crucial inerente à ausência de viabilidade econômica da empresa, que a rejeição em assembleia implica decretação da falência do devedor.

Para que se possa questionar a vinculação do magistrado à decisão dos credores, realiza-se antes breve exposição sobre este importantíssimo órgão do processo de recuperação judicial.

3.1 ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES

A assembleia-geral de credores (AGC) é um órgão coletivo, não obrigatório²⁶ e presente tanto na recuperação quanto na falência, servindo, em ambos os processos, para reunião dos credores e formação da vontade coletiva.

Dentre suas atribuições no âmbito da recuperação judicial, explicitam-se aqueles dispostos nos incisos do art. 35, I, da LREF: a) a competência de aprovar, rejeitar ou modificar o plano de recuperação judicial; b) constituir o comitê de credores, escolher seus membros e substituí-los; d) manifestar-se sobre o pedido de desistência à recuperação judicial; e) indicar o nome do gestor judicial quando do afastamento do devedor; e f) deliberar sobre qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.

Convocada por meio de edital, a AGC é presidida pelo administrador judicial, o qual designará, ainda, um secretário dentre os credores presentes. Na primeira convocação, a assembleia será instalada com a presença de credores titulares de mais da metade dos créditos de cada classe. Por outro lado, desde que decorridos pelo menos cinco dias da primeira reunião, a segunda convocação independe do número de credores.

²⁶ Conforme explicado, é possível que não se convoque a assembleia-geral de credores em caso de inexistir objeções ao plano. Todavia, de acordo com Sérgio Campinho, trata-se de “um órgão não obrigatório, mas que, em nosso sentir, na prática se fará corretamente presente nos processos falimentar recuperatório, por representar efetivo poder de interferência e influência disposto a favor dos credores”. (CAMPINHO, Sérgio. Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 92)

Sua composição é determinada pelo art. 41 da lei, dividindo os credores em quatro categorias distintas: (i) titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes do trabalho; (ii) titulares de créditos com garantia real; (iii) titulares de créditos quirografários; e (iv) titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Entretanto, especificamente em se tratando de recuperação judicial, há uma limitação imposta pela lei: os créditos com garantia real apenas votam no segundo grupo até o limite do bem gravado. O valor excedente, então, como consta no § 2º do dispositivo, é classificado como crédito quirografário.

O *quórum* de aprovação é de mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia-geral, exceto nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, composição do comitê de credores ou forma alternativa de realização do ativo. Em regra, o voto do credor será proporcional ao valor de seu crédito. Como exceção, porém, quando da votação do plano de recuperação judicial, o art. 45, § 2º, da LREF prevê que a proposta do devedor precisa ser aprovada pela maioria simples dos titulares de créditos trabalhistas e titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte que estejam presentes, independentemente do valor de cada crédito.²⁷⁻²⁸

De acordo com o art. 45 da lei, todas as classes de credores devem aprovar o plano de recuperação para que seja concedida a recuperação judicial. Os titulares de créditos com garantia real e os titulares de créditos quirografários seguirão a regra, devendo aprovar a proposta do devedor pela maioria do valor total dos créditos presentes. Cumulativamente, de toda forma, precisam atingir a maioria simples dos credores em assembleia. De outro lado, como mencionado, os titulares de créditos trabalhistas e titulares de créditos enquadrados como microempresa ou

²⁷ Em se tratando dos créditos trabalhistas, o fundamento para a diferenciação é ressaltado pelo ex-senador Ramez Tebet, no Parecer nº 534, referente ao então projeto da Lei nº. 11.101/2005:

“Na classe dos trabalhadores, as diferenças entre os credores podem implicar inadmissível detrimento dos pequenos, que têm menor capacidade econômica para aceitar descontos ou diferimentos no recebimento, dado que o caráter alimentar das parcelas trabalhistas é tanto maior quanto menor for o crédito. [...] Propomos, assim, que os votos dos trabalhadores nas votações por classe sejam tomados na proporção de um voto por trabalhador, e não em função do valor do crédito de cada um. Com essa medida, a todos os trabalhadores é dado igual peso na votação, o que protege os mais humildes”. (BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. Parecer nº 534, de 10 jun 2004. Relator Ramez Tebet. Diário do Senado Federal. Brasília, DF. p. 17.856-17.941. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggeter/documento?dm=3499286&disposition=inline>> Acesso em 22 ago 2017)

²⁸ De outro lado, os créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte somente foram incluídos pela Lei Complementar nº 147/2014.

empresa de pequeno porte devem aprovar o plano de recuperação judicial apenas pela maioria simples dos presentes.

Caso o plano de recuperação não seja aprovado nos termos do referido dispositivo, não significa dizer que será decretada a falência do devedor. É possível, ainda, a concessão do benefício mediante instituto conhecido como *cram down*.²⁹ Para isso, nos termos do Direito brasileiro, cumpre verificar os requisitos impostos pelo *quórum* supletivo do art. 58, § 1º, da lei.

Nesse viés, o juiz pode conceder a recuperação judicial desde que, de forma cumulativa, o plano tenha obtido: (i) o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia-geral; (ii) a aprovação de duas das classes ou, caso haja apenas duas classes votantes, a aprovação de pelo menos uma delas; e (iii) na classe que houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 dos credores. É importante esclarecer, todavia, que a recuperação somente poderá ser concedida nestes termos se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Sem prejuízo do *quórum* de aprovação utilizado, fato é que, para que o plano de recuperação seja aprovado, o devedor precisará persuadir os seus credores de modo a demonstrar as vantagens práticas da sua manutenção no mercado. Essa necessidade, como é natural, decorre da tensão entre o interesse individual do credor em receber seu crédito e o interesse coletivo de preservação da empresa economicamente viável.

3.2 AUTONOMIA DA VONTADE VS. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Diferentemente do que acontecia na concordata, a LREF, quando instituiu a recuperação judicial, conferiu aos credores papel de destaque na aprovação do plano de recuperação apresentado pelo empresário. Conforme visto anteriormente, se, de um lado, a aprovação implica a concessão da recuperação judicial, de outro, a reprovação em assembleia-geral provoca a decretação da falência do devedor.

Portanto, pela posição que ocupam no processo de recuperação judicial,

²⁹ De acordo com Fernando César Nimer Moreira Silva, “a ideia é de aprovação forçada, ou seja, o plano de recuperação é ‘empurrado’ (*crammed down*) para os credores de forma impositiva”. (SILVA, César Nimer Moreira. Incentivos à decisão de recuperação da empresa em crise: análise à luz da teoria dos jogos. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 66)

constata-se que os maiores atingidos pelo inadimplemento do devedor se tornaram os principais responsáveis pelo seu destino.³⁰

Desta feita, tendo em vista o poder de decisão concedido pela lei, cumpre trazer à tona a extrema delicadeza da posição dos credores no processo recuperacional. Veja-se que, com fundamento na preservação da empresa, cada credor deve olhar sob um viés da coletividade, mas também, concomitantemente, precisa buscar a satisfação do seu crédito, sob pena de inviabilizar seu próprio negócio. Por isso, o poder de decisão de um agente parcial acaba suscitando questionamentos acerca da legitimidade do voto, razão pela qual vale observar melhor sua situação frente à deliberação em assembleia.

É importante entender que, além de extremamente frustrante para os participantes, a recuperação judicial também é perigosa em termos de estabilização dos contratos. Isso porque há, no processo recuperacional, uma grave relativização do *pacta sunt servanda*, princípio contratual clássico que apregoa a força obrigatória da avença. Assim, em que pese a conjuntura excepcional e a inevitável precificação do risco, a lei por detrás de cada um dos contratos firmados pelo devedor é subitamente sepultada para, de acordo com o plano, quem sabe um dia, efetivar-se um cumprimento parcial.

Trata-se, sim, de uma situação ingrata que gera incerteza no mercado.³¹

Com efeito, dentro de um Estado Democrático que tem como princípio a livre iniciativa³², é imprescindível que os indivíduos tenham autonomia para firmar os

³⁰ “Ao contrário do Decreto-Lei nº 7.661/1945, que tinha a concordata como um favor legal concedido independentemente de anuência dos credores, a Lei nº 11.101/2005 fortaleceu o poder dos credores em moldes similares ao que já ocorria nas legislações brasileiras entre os anos de 1850 e 1945. Desta forma, a recuperação judicial não terá êxito sem apoio dos credores na forma estabelecida nos seus arts. 35 a 46 e 58, onde se verificam requisitos específicos de votação, inclusive para a aprovação do plano de recuperação judicial”. (ESTEVEZ, André Fernandes. Das origens do Direito Falimentar à Lei nº 11.101/2005. In: Revista Jurídica Empresarial, v. 3, n. 15, jul./ago. 2010. Porto Alegre: Notadez, 2010. p. 42-43)

³¹ Nesse viés, inclusive, cumpre explicitar que de modo algum o Estado pode ser conivente com o descumprimento de obrigações particulares firmadas entre as partes por força da autonomia privada. Isso porque, sendo o ordenamento jurídico excessivamente tolerante com o inadimplemento contratual, instaurar-se-ia uma situação de insegurança e instabilidade nas relações privadas do país. (FONSECA, Humberto Lucena Pereira da.; KÖHLER, Marcos Antônio. A nova lei de falências e o instituto da recuperação extrajudicial. In: Textos para discussão 22. Coordenação de Estudos. Consultoria Legislativa do Senado Federal. Brasília: Senado Federal, 2005. p. 17)

³² Art. 1º, CF. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

contratos que desejarem. Como consequência, porém, essa autonomia deve estar atrelada à responsabilidade inerente de cada obrigação assumida. É dizer, se o devedor assumiu obrigações que não foi capaz de cumprir, precisa, então, arcar com as consequências de seu inadimplemento.

Sendo assim, se se tiver por base uma concepção liberal³³⁻³⁴, é inevitável que o devedor esteja vinculado a qualquer decisão proferida em assembleia-geral de credores, ainda que desproporcional. Nessa linha traçada, a análise de cada credor teria apenas por fundamento seu próprio interesse. Em outras palavras, para o modelo liberal, a vontade coletiva da AGC seria tão somente a soma das vontades individuais dos credores.

De outro lado, porém, como é disposta pela lei, a recuperação judicial depende de uma visão muito mais ampla do que apenas a soma dos interesses particulares dos credores. Trata-se de uma preocupação elevada, levando-se, por isso, em conta o interesse comum.³⁵ Como trazido anteriormente, o benefício em manter uma empresa viável em atividade tem um caráter predominantemente social, tendo em vista seu significado em termos econômicos, de arrecadação e fornecimento de postos de trabalho.

Em detrimento do fiel cumprimento dos contratos, o instituto da recuperação judicial demanda uma repactuação dos compromissos firmados mediante uma solidariedade forçada pelo prejuízo. Então, de forma contrária à pretensão inicial dos

³³ O modelo liberal de contrato foi decorrente das revoluções burguesas do século XVIII. Como expõe Enzo Roppo, havia, depois da abolição dos privilégios e discriminações legais inerentes do Antigo Regime, presunção de igualdade entre os contratantes. Desta maneira, essa igualdade formal servia de garantia de que “as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa”. (ROPPO, Enzo. O Contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 35)

³⁴ No mesmo sentido, mas sobre a possibilidade de interferência estatal nas avenças firmadas pelos particulares, assinala Ricardo Luís Lorenzetti: “los contratantes se obligaban sólo en cuanto la palabra empeñada fuera mantenida; no era admisible que se modificara por parte del legislador, o fuera revisada por los jueces, o no se cumpliera. La asimilación del contrato a la ley respondía a la necesidad de dar seguridad jurídica. Lo libremente acordado era considerado justo, y no revisable”. (LORENZETTI, Ricardo Luís. Tratado de los contratos. Parte Geral. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004. p. 25)

³⁵ De acordo com Marcio Morena Pinto, vontade de todos se distingue de vontade geral. Se esta se prende ao interesse comum, aquela se prende ao interesse privado, não passando de uma “soma das vontades particulares”. Mesmo que possam coincidir, observa-se que o objetivo da vontade geral, qual seja o interesse comum, deve ser, para cada pessoa individual, uma preocupação elevada não restrita ao amor de si mesmo. O interesse comum não é o interesse de todos, no sentido de uma “confluência dos interesses particulares”, mas sim de todos enquanto componentes do corpo coletivo. (PINTO, Marcio Morena. A noção de vontade geral e seu papel no pensamento político de Jean-Jaques Rousseau. In: Cadernos de Ética e Filosofia Política 7. São Paulo: USP, 2005. p. 89)

credores, para que a empresa em dificuldade obtenha sucesso em seu soerguimento, é, infelizmente, inevitável que se repartam os ônus de sua reestruturação econômico-financeira, fato que desencadeia infindáveis discussões assembleares.³⁶ Por essa lógica, dentro de um paradigma de promoção do bem-estar social³⁷, o Estado interfere no particular visando à proteção do interesse da coletividade.

Nada obstante se tratar de deliberação que, em tese, deva ser pautada por uma perspectiva de solidariedade com fundamento no interesse coletivo, a decisão final da AGC é proferida pela comunhão de interesses dos credores. Ou seja, mesmo que haja outros interesses em jogo que eventualmente influenciem na aprovação do plano, trata-se de análise que necessariamente passará pelo crivo do interesse individual.

Com efeito, sem prejuízo de uma posterior análise crítica sobre o assunto, é imprescindível que seja assim.

Vale dizer, uma vez que o intuito da lei é que o instituto da recuperação judicial sirva como uma espécie de triagem de viabilidade empresarial, isto é, selecione empresas com real chance de recuperação, o empresário deve de fato apresentar um plano que seja condizente com tal excepcionalidade. Nessa esteira de raciocínio, como destaca Ronaldo Vasconcelos, o devedor se obriga a “descer do seu pedestal’ e se esmerar no oferecimento de propostas de qualidade no âmbito do plano de recuperação da empresa”.³⁸

Ora, em que pese seja natural que cada credor tenha interesse em receber seu crédito de uma forma mais próxima do inicialmente pactuado, a ponderação

³⁶ Nessa linha de pensamento, assinala Fábio Ulhoa Coelho: “Na recuperação judicial, cada classe de credores deve arcar com parcela do prejuízo que lhes é imposto forçosamente, para que se criem as condições para o reerguimento da empresa. Em que medida se pode distribuir com justiça o prejuízo entre as classes é assunto em que os interesses dos credores certamente divergem. Todos os credores têm interesse em que o devedor se recupere e pague suas dívidas, mas cada um quer empurrar para os demais a conta da recuperação judicial. No emaranhado dessa complexa trama de interesses, por vezes é preciso identificar a solução que melhor atende ao conjunto de credores”. (COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137)

³⁷ “O Estado, na expressão legal ou judicial, que se apresenta não é mais aquele modelo liberal pós-revolucionário, mas um Estado de funções promocionais, fruto dos movimentos sociais e da alteração que o Estado do Bem-Estar Social imprimiu ao capitalismo, devendo atuar de forma positiva nos mais diversos setores da sociedade, inclusive no setor econômico e nas relações negociais”. (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: Direito Contratual: Temas Atuais. Coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Método. 2007. p. 37)

³⁸ VASCONCELOS, Ronaldo. Princípios processuais da recuperação judicial. 222 f. Tese de Doutorado. Curso de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. p. 129.

específica que se deve fazer é outra. Em verdade, o real problema se dá no momento específico em que esse interesse individual entra em conflito com o interesse coletivo. Explicando de outra maneira, entende-se que a tensão acontece quando o interesse individual se sobrepõe à lógica da lei de preservação da empresa viável.

Nesse sentido, em se tratando do conhecido conflito entre o indivíduo e a sociedade, explica Marcos Satanowsky:

En el campo del derecho positivo, como en las especulaciones de la filosofía y en el combate político, la tendencia aludida se presenta como una solución del viejo conflicto entre el individuo y la sociedad, entre el derecho individual y el derecho social. Desde que existen comunidades humanas regidas por normas de convivencia, el derecho social penetra y se abre camino dentro del interés individual y del derecho individual. Pero esa socialización incesante del derecho privado no importa la crisis del derecho individual.

En la evolución natural, lógica y necesaria del derecho individual, el problema a resolver reside en establecer cuál es el límite de penetración de lo social en lo particular a que puede llegarse sin afectar la libertad individual.

Conviene señalar *ab initio* que esse aspecto del problema sólo se presenta al jurista que ve em el derecho una elaboración natural de las normas de convivencia basadas em la libertad individual. Para los que buscan en el derecho um contenido susceptible de amparar concepciones de ordenamiento social extrañas a la libertad individual, el problema señalado adquiere carácter distinto.³⁹

Desta forma, segundo o autor, a socialização do direito privado não necessariamente significa a crise do direito individual. Trata-se, conforme afirmado, de penetração do social no individual que é inerente às comunidades humanas regidas por normas de convivência. O que, sim, por outro lado, deve ser analisado é o limite de penetração do social que se pode chegar sem que isso afete a liberdade de cada indivíduo.

Trazendo para o tema da recuperação judicial, busca-se compreender especificamente se, em caso de empresa viável, o voto do credor com o único objetivo de receber seu crédito na melhor condição possível seria ou não seria, dentro da autonomia, considerado exercício regular de direito. Dentro desse contexto, outro importante viés a ser observado é a respeito da eventual vinculação do credor ao interesse social mesmo quando a proposta do devedor lhe for

³⁹ SATANOWSKY, Marcos. Tratado de Derecho Comercial. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1957. p. 16-19. *apud* ESTEVEZ, André Fernandes. Das origens do direito falimentar à Lei nº 11.101/2005. In: Revista Jurídica Empresarial, v. 3, n. 15, jul./ago. 2010. Porto Alegre, Notadez, 2010. p. 42-43.

desvantajosa.⁴⁰

Enfim, busca-se delimitar se o voto do credor com o único interesse de melhorar as condições de recebimento do seu crédito se configura apenas contrário à lógica da lei ou, então, apresenta-se como abusivo, o que, nos termos da doutrina, implicaria sua desconsideração.⁴¹⁻⁴² Nesse mesmo sentido, questiona-se acerca da obrigatoriedade da preservação do interesse coletivo em se tratando de caso que pode afetar a atividade empresarial desempenhada pelo próprio credor.

3.3 ABUSO DO DIREITO DE VOTO

Embora seja natural que cada credor analise o plano pensando no recebimento de crédito, é comum que ocorram divergências entre o interesse individual e o social. Esse conflito, de forma ideal, pode sim ser solucionado sem que envolva maior carga de litigiosidade. Para isso, porém, é imprescindível que o plano apresente vantagens concretas à manutenção da empresa em atividade.

Vale observar que a lei não tem como intuito o assistencialismo. Não se busca a recuperação judicial como primeiro passo do processo falimentar. Por isso, a função social da empresa só é de fato preenchida se ela for lucrativa. Ora, sob o prisma econômico, lucratividade está atrelada à eficiência, isto é, produzir os efeitos previstos dependendo pouco ou nenhum esforço.⁴³ Então, conseqüentemente, o

⁴⁰ Nada obstante o caráter negocial da recuperação judicial, quando se adentra a matérias de ordem pública, a imperatividade da lei comumente afasta a vontade das partes e exige do juiz, conforme suas atribuições, a proteção ao interesse público. Por isso, então, também é necessário entender qual a extensão do controle judicial no processo recuperacional. (ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; OLIVEIRA, Matheus Azevedo Bastos de. A recuperação judicial e o controle judicial sobre o plano de recuperação judicial no Brasil. In: Revista Electrónica de Direito. n. 1. Porto: Centro de Investigação Jurídico-Econômica da Universidade do Porto, 2016. p. 36)

⁴¹ Enunciado nº 45 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito.

⁴² Nesse sentido, há quem diga que, quando, cumulativamente, consuma-se o abuso de direito da maioria e a possibilidade do devedor se recuperar, mantendo-se a unidade produtiva, os postos de trabalho e o cumprimento das obrigações fiscais, nada impede que o juiz adote posição diversa à decisão dos credores, concedendo a recuperação judicial. (CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. Manual de Recuperação de Empresas e Falência. Lisboa: Juruá, 2013, p. 133)

⁴³ Dispõe Rachel Sztajn que o perigo que pode derivar de uma interpretação viesada da norma é favorecer o assistencialismo em prejuízo da eficiência. Então, nessa lógica, o plano precisa ser claro e fundamentado em estudos econômico-financeiros elaborados por profissionais. Explicita, ainda, que a função social só será preenchida se a empresa for lucrativa, para o que deve ser eficiente: "eficiência, nesse caso, não é apenas produzir efeitos previstos, mas é cumprir a função dependendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no plano econômico, produzir rendimento, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados. Se deixar de

plano de recuperação precisa demonstrar de forma clara a vantagem da concessão e a viabilidade de concretização.

De outro lado, os credores também precisam colaborar para que as deliberações sejam frutíferas e que se chegue a uma solução que, caso não agrade, seja pelo menos consoladora a todos os envolvidos. Nesse sentido, trazendo um olhar da teoria dos jogos sobre as estratégias utilizadas em uma equipe de futebol, Rachel Sztajn explicita que “se faltar cooperação, empenho de um ou alguns, o resultado da partida tende a ser ruim para o time, daí o incentivo para que todos se empenhem, independentemente de um apenas marcar o gol da vitória”.⁴⁴⁻⁴⁵

Não obstante, em se tratando de empresa viável, o questionamento é o seguinte: e se o credor não quiser colaborar?

É importante investigar se essa falta de “espírito esportivo” acaba se consubstanciando tão somente como autonomia da vontade dos credores da recuperação judicial ou se, noutro vértice, implica desconsideração do voto por eventual abuso de direito.

Preliminarmente, contudo, é necessário que se faça análise sobre o que vem a ser abuso do direito de voto.

Embora não exista dispositivo específico para tutelar o abuso do poder de voto em sede de recuperação judicial, o art. 187 do Código Civil, por estar previsto na parte geral do diploma legal, mostra-se aplicável. De acordo com o artigo,

observar a regra de eficiência, meta-jurídica, dificilmente, atuando em mercados competitivos, alguma empresa sobreviverá. Esquemas assistencialistas não são eficientes na condução da atividade empresária, razão pela qual não pode influir, diante de crise, na sua recuperação”.

(SZTAJN, Rachel. Comentários ao capítulo III, seção I, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei nº 11.101/2005. Coord. Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 223-224).

⁴⁴ SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembléias de credores na Lei de Recuperação de Empresas. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. v. 44. São Paulo: USP, 2005. p. 64-65. *apud* HORST, Juliana Brandão de Melo. Poder de deliberação dos credores na assembleia de recuperação judicial. 94 f. Dissertação de Mestrado. Curso de Direito. Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima, 2011. p. 39.

⁴⁵ No mesmo sentido, evidenciando a heterogeneidade intermediária de preferências dentro das classes de credores, Milton Barossi-Filho explica que determinadas subclasses conseguem se aproveitar das posições que ocupam no âmbito da assembleia-geral para se favorecerem no processo recuperacional, ainda que isso vá de encontro com o melhor cenário possível, isto é, quando existe a maximização dos ganhos de todos os agentes participantes. Por isso, então, deve o Poder Judiciário perceber as complexas estratégias construídas pelos particulares na recuperação judicial e, no que for possível, intervir para fazer valer a lógica da lei falimentar. (BAROSSO-FILHO, Milton. As assembleias de credores e plano de recuperação de empresas: uma visão em teoria dos jogos. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. n. 137. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 233-238)

“comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes”. Ou seja, no contexto sugerido, o credor que votar excedendo manifestamente os limites impostos pelo fim econômico e social do voto na recuperação judicial, pela boa-fé ou pelos costumes estará exercendo seu direito de maneira abusiva.

Veja-se, porém, que é uma definição um tanto quanto genérica.

Sobre o assunto, Gabriel Saad Kik Buschinelli, em dissertação de mestrado intitulada “Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores”, apresenta três perspectivas não excludentes entre si para, na contramão, delinear os limites do exercício regular do direito de voto na AGC: (i) direito como poder funcional norteado pela preservação da empresa em crise e promoção de sua função social; (ii) direito de voto limitado pela boa-fé em relação ao devedor; e (iii) direito de voto limitado pelo dever de lealdade entre os credores.⁴⁶

Sobre a primeira perspectiva, foi observada, no contexto da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, a anulação de votos com base no respeito à função social da empresa em se tratando de rejeição do plano proveniente de único credor com garantia real. Entretanto, de acordo com Buschinelli, esse posicionamento parte da concepção de que caberia ao magistrado determinar o que vem a ser “voto em respeito à função social da empresa”, o que não é a melhor forma de concretizar o princípio. Conclui expressando ser inadequada a consideração de que o exercício do direito de voto deva ser limitado pela função social da empresa em crise ou deva ter por objetivo promover os interesses das diversas partes afetadas pelo procedimento. Nesse viés, expõe não ser necessário exigir dos credores mais do que a preocupação honesta e leal com a satisfação de seu crédito.

Na segunda perspectiva, para deixar mais visível a repercussão da responsabilidade atrelada ao voto, partiu-se da hipótese de recuperação judicial que conta com apenas um credor. Sendo imprescindível que haja análise de viabilidade econômica, o autor explicita que embora a boa-fé não fundamente um dever de concordar com o plano de recuperação proposto, o princípio pauta toda a atuação

⁴⁶ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores. 203 f. Dissertação de Mestrado. Curso de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. p. 39-50.

dos credores com o devedor, impondo deveres laterais de informação e consideração.

Finalmente, quanto à terceira perspectiva, afirma Buschinelli que o dever de lealdade entre os credores não impede concluir que cada votante deva buscar decifrar um suposto interesse comum para que possa exprimir seu direito de voto. Muito pelo contrário. De acordo com o autor, cabe ao credor expressar sua convicção quanto à viabilidade da empresa em crise e das propostas traçadas para sua reestruturação. Por isso, então, o voto é direito concedido a cada um dos credores em assembleia-geral para a persecução de seus próprios interesses. Não se trata de voto eivado de deslealdade, como seria, por exemplo, o exercício de voto mediante contraprestação, a venda de voto, a celebração de contrato preliminar entre devedor e credor, etc.

São, portanto, fundamentos que devem ser levados em consideração no voto em assembleia-geral. Contudo, de acordo com Gabriel Saad Kik Buschinelli, deve haver liberdade para que os credores decidam a respeito da viabilidade mediante análise do plano de recuperação. Em outros termos, não havendo critérios objetivos para determinação da viabilidade econômico-financeira da proposta, cada credor pode votar conforme seus interesses desde que não conflitem com a boa-fé em relação ao devedor ou com a lealdade em relação aos outros credores. Caso, porém, os referidos interesses individuais esbarrem nesses requisitos de exercício regular de direito, o voto do credor deverá ser anulado.

Em que pese autores como Francisco Satiro⁴⁷, Moacyr Lobato de Campos Filho⁴⁸ e Marlon Tomazette⁴⁹ também entendam que os credores não estão

⁴⁷ Explica Francisco Satiro que, dada a autonomia de decisão, somente se pode desconstituir um voto em função de seu conteúdo subjetivo em casos excepcionais de má-fé, obtenção de vantagem indevida, busca de finalidades expressamente vedadas e devidamente confirmadas. Desta forma, no seu entendimento, os credores não votam pelo bem comum ou então vinculados pelo princípio da preservação da empresa, ainda que, eventualmente, possam cooperar durante o processo na busca de uma solução mais eficiente. (SATIRO, Francisco. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro. Coord. Rodrigo Rocha Monteiro de Castro, Walfrido Jorge Warde Júnior e Carolina Dias Tavares Guerreiro. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 113-114)

⁴⁸ Comparando a responsabilidade e o comprometimento dos credores com aquela necessária ao acionista da empresa, conclui Moacyr Lobato de Campos Filho que, por não estarem adstritos às regras do direito societário, os primeiros apenas irão manifestar adesão à recuperação judicial se, com visão de mercado, observarem sua viabilidade. Nesse sentido, de acordo com o autor, não há dever do credor em relação à preservação da empresa, a menos que esta esteja vinculada à satisfação de seus créditos. (CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. Falência e Recuperação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 135)

vinculados ao interesse social e podem, sim, votar apenas com base no interesse individual, não é exatamente esse o caminho que se segue.

Ora, partindo da premissa que de que não há critérios objetivos para que os credores analisem o plano de recuperação, é de se concluir pela impossibilidade chegar a um consenso do que seria interesse comum no caso concreto. Nesse sentido, a discussão a respeito da vinculação do voto do credor acaba ficando prejudicada. Por consequência, sem que haja fundamentação objetiva do juiz sobre a viabilidade da empresa, o voto sem preocupação social não pode ser considerado abusivo. É bem possível, por exemplo, que um credor majoritário vote contra a recuperação judicial do devedor justamente com fundamento da liquidação eficiente das empresas inviáveis, fato que, por sua vez, representaria preocupação social e estaria dentro da lógica da lei.

Ou seja, não é que os credores tenham liberdade para votar sem levar em consideração o interesse coletivo, mas sim que o interesse coletivo é determinado pela viabilidade econômica, que, por conseguinte, é analisada de acordo com a subjetividade de cada credor.⁵⁰ Sendo assim, em exemplo acadêmico, caso um credor tenha em algum momento do processo admitido a viabilidade empresarial, não poderia, à primeira vista, deixar de aprovar o plano de recuperação apresentado. Nesse viés, nos termos do art. 187 do Código Civil, seu voto pela reprovação do plano de recuperação poderia ser considerado abusivo por atentar contra a boa-fé.

De todo modo, nesse contexto, ainda seria possível levantar questionamento a respeito da eventual vinculação do credor à aprovação de plano perfeitamente viável quando, no entanto, a decisão pode ensejar sua própria quebra. É válido, a

⁴⁹ Marlon Tomazette entende que, independentemente do interesse social por detrás da recuperação judicial, o voto de acordo com o interesse individual de recebimento do crédito não se mostra abusivo: “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 pautе 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...), o juiz teria o poder de desconsiderar os votos proferidos”. (TOMAZZETE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas. v. 3. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 295)

⁵⁰ Em decisão, Tasso Duarte de Melo explicita que, por si só, a ausência de justificativa para rejeição do plano não caracterizaria abuso do direito de voto: “Registra-se que a ausência de justificativa para a rejeição do plano [...] por si só, não caracteriza abuso do direito de voto. O credor regularmente habilitado, qualquer que seja o valor do seu crédito, tem a liberdade de aprovar ou rejeitar a proposta”. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2158969-94.2014.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Desembargador Tasso Duarte de Melo. Diário Oficial de São Paulo. São Paulo, 07 abr. 2015)

título de ilustração, pensar em situação que, em se tratando de contrato de grande monta, o credor dependesse do adimplemento para se manter em funcionamento regular. Com essa lógica, imagine-se também que a ordem de recebimento no processo de falência forneça ao credor uma vantagem financeira consideravelmente maior e, sobretudo, mais rápida do que aquela prevista pelo plano de recuperação judicial.

Não parece razoável que, tendo o poder do voto, o credor se abstenha do seu próprio negócio para preservar a atividade de um empresário que talvez não tenha se dedicado tanto na administração de sua empresa. O voto individualista, portanto, seria dificilmente considerado abusivo. Todavia, conforme visto, trata-se de caso completamente diferente.

Veja-se, primeiramente, que o plano de recuperação judicial deve se mostrar eficiente para a adesão dos credores, isto é, precisa produzir os efeitos previstos despendendo pouco ou nenhum esforço. Nesse aspecto, porém, a proposta em comento apresenta falhas. O esforço que está sendo demandado do credor vai muito além do que, dentro de uma esfera de boa-fé, pode-se esperar. Por essa razão, muito embora eventualmente tenha sido constatada a viabilidade empresarial, o referido plano de recuperação pecou ao desconsiderar a situação peculiar desse credor. Da mesma forma, nesse caso específico, é importante perceber que o credor não está, sem ponderação, zelando tão somente pelo seu interesse individual de recebimento de crédito. Muito pelo contrário. Não obstante seu empenho em favorecer o interesse coletivo em função da função social da empresa, foi impedido de aderir à recuperação judicial justamente em virtude do interesse coletivo atrelado ao seu próprio negócio.

Observando esse problema de ordem prática, naturalmente surge dúvida a respeito do papel do Poder Judiciário na homologação do plano de recuperação judicial. Por esse motivo, busca-se investigar, sobretudo, se é possível que o magistrado, no caso concreto, constate se as deliberações atenderam ou não ao princípio da função social da empresa.

4 CONTROLE JUDICIAL DO PLANO DE RECUPERAÇÃO

A superação da concordata como principal mecanismo de reorganização empresarial alterou toda a lógica envolvida no sistema falimentar, principalmente no que diz respeito à participação dos credores no processo de recuperação. Se, durante a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/1945, o devedor apenas precisava preencher requisitos para ter direito à concordata, a Lei nº 11.101/2005, diferentemente, traça objetivos a serem perseguidos. Regida pelo ideal da preservação da empresa, a LREF busca, concomitantemente, a satisfação do crédito e a persecução de interesses coletivos atrelados à função social da empresa. Por isso, então, é imprescindível que haja consonância entre ambos os interesses para a recuperação judicial.

De todo modo, embora regidos pelo ideal da preservação da empresa economicamente viável, os credores, por meio da assembleia-geral, têm poder suficiente para decidir o futuro do devedor. Essa prerrogativa, por sua vez, tem gerado problemas de difícil solução, sobretudo quando há dissonância entre o interesse coletivo e o interesse individual de satisfação de crédito. O conflito ganha espaço especialmente quando se observa que não são poucos os casos em que a ordem concursal na falência se apresenta atrativa em detrimento aos longos prazos previstos nos planos de recuperação.

Ocorre que, nos termos legais, a reprovação do plano significa a decretação da quebra do devedor, fato que acarreta severas consequências socioeconômicas a toda a coletividade. Nessa linha, por exemplo, é inevitável que a falência provoque a perda de tributos, de empregos diretos e indiretos, de concorrência no nicho de mercado, de fornecimento de produtos, além do evidente risco sistêmico de a quebra de uma sociedade implicar em crise naquelas outras empresas vinculadas por relação jurídica. Partindo desse raciocínio, é de fácil constatação o motivo pelo qual o legislador se preocupou em delimitar a preservação da empresa viável como um objetivo a ser perseguido na lei falimentar.

Seguindo essa lógica, após a imersão no tema da extensão do exercício regular do direito de voto em assembleia, nada mais natural que se examine os casos passíveis de controle na recuperação judicial. Como não seria diferente, trata-se de tarefa essencialmente complexa, principalmente considerando a soberania dos credores para proferir a decisão que concede ou não concede o benefício legal

ao devedor. Em termos mais explícitos, essa complexidade de delimitação da intervenção estatal decorre justamente da necessidade de se entender até que ponto, no processo recuperacional, é possível que o juiz defina o que é e o que não é legítimo sobre o plano de recuperação.

Posto isso, inicia-se tratando da soberania assemblear para tornar possível a mensuração do nível de intervenção do juiz na recuperação judicial, seja para homologar um plano reprovado ou, ainda, seja para negar homologação de um plano aprovado em conclave. Em seguida, finalmente, expõe-se a possibilidade de ampliação do controle judicial mediante fixação de parâmetros objetivos para constatação da viabilidade econômica da empresa.

4.1 PONDERAÇÕES SOBRE A SOBERANIA DA ASSEMBLEIA

Representando uma grande inovação do sistema falimentar, o art. 35, I, a, da Lei de Recuperação de Empresas prevê como atribuição da assembleia-geral de credores a “aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor”. Vale dizer, com a superação da concordata, o poder de decisão a respeito da concessão do benefício sai das mãos do juiz e vai parar nas mãos dos credores, fato que se confirma quando da leitura do art. 58, *caput*, do diploma legal, que dispõe a respeito da concessão da recuperação quando há aprovação em conclave.

Note-se, portanto, que a lei confere a atribuição acima exposta em tom de exclusividade, isto é, sem previsão expressa para qualquer outro órgão exercê-la.⁵¹ Com essa lógica, então, é comum que, dentro do processo recuperacional, classifique-se a AGC como soberana, motivo pelo qual também, por consequência, vincula-se negativamente o papel do juiz.⁵²

Desta maneira, em uma primeira abordagem, entende-se que a soberania da assembleia de credores implica diretamente na desnecessidade de observância à

⁵¹ MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do ministério público. In: Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Org. Luiz Fernando Valente de Paiva. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 253.

⁵² “A assembleia-geral de credores é soberana para aprovar o plano e suas cláusulas, bem como para propor alteração ao plano, ou deliberar por sua rejeição. Afirmar-se a soberania da assembleia significa que, se for deliberado pela aprovação do plano, ao juiz não resta alternativa senão homologá-lo”. (AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 252)

lógica de preservação da empresa viável quando da votação.

De toda forma, é importante que se aprofunde no conceito.

O termo soberania encontra sua origem etimológica na ideia da palavra “superior”, origem do latim *superanus*, sendo encontrada no jargão *superiorem non recognoscens*, o que remete a uma ideia de superioridade que não reconhece nenhuma outra acima de si.

Em um contexto histórico de unificação dos poderes nas mãos de um rei, a soberania era utilizada para descrever o poder absoluto e perpétuo do Estado. Trata-se, mais precisamente, da transição da Idade Média para a Idade Moderna. Ser soberano naquela época significava ter poderes de vincular o comportamento dos governados/súditos, tendo em vista que, até mesmo em razão do caráter divino atrelado à sua posição, as determinações do monarca de modo algum poderiam ser contestadas.⁵³

Trazendo para o âmbito da discussão na recuperação judicial, categorizar a assembleia de credores como soberana seria o mesmo que dizer, com fundamento no conceito explicitado, que toda decisão assemblear seria vinculante. Em razão do caráter absoluto/ilimitado de seus poderes, seria, em tese, impossível que se realizasse qualquer forma de controle judicial sobre a decisão tomada em conclave. Ou seja, os credores poderiam votar inclusive descompromissados em relação à legalidade.⁵⁴

Entretanto, jamais se cogitou tal hipótese.

Nesse sentido, em importante decisão, o Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo elucidou que “incide-se em grave equívoco quando se afirma, de forma singela e como se fosse

⁵³ “Sovereignty is the absolute and perpetual power of a commonwealth. [...] I have said that this power is perpetual, because it can happen that one or more people have absolute power given to them for some certain period of time, upon the expiration of which they are no more than private subjects. And even while they are in power, they cannot call themselves sovereign princes”. (BODIN, Jean. *On Sovereignty: four chapters from six books of the commonwealth*. Edited and translated by Julian H. Franklin. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 1-2)

⁵⁴ Nesse sentido, Mauro Rodrigues Penteado explica: “parece demasiado atribuir aos credores, sem os necessários contrapesos, a competência para avaliar e deliberar soberanamente sobre ‘a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor [...] a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores [...] a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica’ (art. 47, c.c. arts. 55 e 56). Afinal, a ninguém é dado ignorar o peso do poder econômico no mercado e a necessidade de contrabalançar essa realidade insuprimível, exteriorizada em seus vários segmentos”. (PENTEADO, Mauro Rodrigues. *A antítese função social da empresa versus soberania dos credores, nas recuperações*. In: *Comentários à lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei nº 11.101/2005*. Coord. Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007. p. 72)

um valor absoluto, a soberania da assembléia-geral de credores, pois, como ensinaram Sócrates e Platão, as leis é que são soberanas, não os homens”.⁵⁵

Ocorre que a soberania não se manteve exatamente igual ao longo do tempo, motivo pelo qual também, por critério de simetria, defende-se que não há razão para negar a soberania assemblear na decisão que aprova ou reprovava o plano de recuperação judicial.

De forma diversa à realidade moderna, no Estado Democrático de Direito não há concentração de poderes nas mãos de uma pessoa só e tampouco permanece o caráter divino por detrás das decisões tomadas pelos governantes - muito pelo contrário. É por isso que surgem algumas vozes afirmando que não pode se falar em soberania quando se trata de Estados que admitem alguma forma de limitação.⁵⁶ Ser soberano, então, com base nesse conceito clássico/moderno, significaria ter poderes ilimitados. Foi esse, inclusive, o conceito utilizado na decisão do TJSP disposta acima.

Atualmente, no entanto, a soberania não está mais conectada à percepção do monarca como figura personificada do Estado, e sim, por outro lado, tem fundamento no próprio povo inserido no território. Por isso, não se entende que o Estado tem sua soberania limitada, mas, de forma contrária, conclui-se que a soberania é o que o garante como Estado de Direito. Sendo a Constituição a expressão jurídica da soberania popular, nada contrário às suas prescrições pode ser categorizado como exercício dela. Deste modo, eventual ação do Estado contrária à lógica constitucional não seria um exercício de soberania, considerando que vai de encontro com o projeto de Estado dado pela própria soberania no ato de seu Poder Constituinte.⁵⁷

De fato, não se desconsidera a soberania da assembleia de credores tão somente em razão de sua vinculação à legalidade. Ora, não é porque os credores são obrigados a votar em observância às previsões legais que o poder de decisão conferido à classe pelo novo sistema falimentar resta diminuído, tendo em vista que,

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0136362-29.2011.8.26.0000. Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Relator: Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. Diário Oficial de São Paulo. 28 fev. 2012.

⁵⁶ Nesse sentido, Luigi Ferrajoli argumenta que “o modelo do estado de direito, por força do qual todos os poderes ficam subordinados à lei, equivale à negação da soberania”. (FERRAJOLI, Luigi. A Soberania no Mundo Moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 28)

⁵⁷ LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. O conceito de soberania no estado contemporâneo e suas implicações na dicotomia entre o direito interno e o direito internacional. 156 f. Tese de Doutorado. Curso de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013. p. 141.

como demonstrado, o voto descompromissado em relação à lei não pode ser categorizado como soberano no Estado de Direito. Por consequência disso, o controle judicial de legalidade é plenamente factível para garantir que os objetivos traçados pelo legislador sejam concretizados.⁵⁸

Nesse viés, por meio do Informativo de Jurisprudência nº 498, de 21 de maio de 2012, o Superior Tribunal de Justiça, Corte responsável pela uniformização da jurisprudência nacional em matéria de legislação federal, firmou o entendimento no sentido de que as deliberações da assembleia-geral de credores estão submetidas ao controle judicial quanto aos requisitos legais de validade dos atos jurídicos em geral. Isso significa que o juiz deve controlar as exigências formais atinentes a prazos, documentos a serem apresentados, normas de convocação, *quóruns* de instauração e deliberação da assembleia-geral, enfim, formalidades do processo de recuperação judicial. Contudo, além dessa legalidade formal, concebe-se também que o juiz tem o dever de fazer controle de legalidade material⁵⁹, isto é, é possível que se contenham abusos dos credores no direito de voto, utilizando-se, para que isso aconteça, dos conceitos trazidos para exercício regular de direito expostos no capítulo anterior.

Com efeito, uma vez que a preservação da empresa viável é a tônica da Lei de Recuperação, entende-se também que eventual voto dissonante com o objetivo do diploma legal pode sim ser desclassificado mediante o instituto do abuso do direito de voto. Isso ocorre, aliás, sem que haja qualquer forma de abalo à soberania assemblear.⁶⁰

Todavia, como ponderado, a decisão dos credores na assembleia-geral está

⁵⁸ Sobre o assunto, Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli lecionam que “o juiz deverá controlar a regularidade do procedimento de deliberação assemblear, verificando a regularidade do exercício do direito de voto pelos credores, bem como depurar do plano aprovado as cláusulas que não observem os limites legais” (AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A Construção jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas*, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 254)

⁵⁹ De acordo com classificação utilizada por João Moreno Onofre Barcellos, o controle judicial sobre a aprovação do plano de recuperação judicial se divide entre três: controle de legalidade formal, controle de legalidade material e controle de mérito. (BARCELLOS, João Moreno Onofre. *Extensão e fundamentos do controle judicial sobre a aprovação do plano de recuperação empresarial pela assembleia-geral de credores*. 75 f. Monografia de Bacharelado. Curso de Direito. Fundação Getúlio Vargas - Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015. p. 41.)

⁶⁰ Como esclarece a Ministra Nancy Andrighi, a assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial, porém as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que, por consequência, estão sujeitos a controle judicial. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.314.209/SP*. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1º de jun. de 2012)

eivada de subjetividade, não podendo o juiz, a princípio, imiscuir-se no mérito a partir do exame da viabilidade econômica da empresa. Consequentemente, a aferição judicial da regularidade do exercício do direito de voto fica limitada, devendo o magistrado, para eventual desclassificação, apresentar fundamentação substancial com provas categóricas e explícitas no processo.

É dizer, muito embora se compreenda o princípio da preservação da empresa como vinculante no momento em que, simultaneamente, a empresa se comprova viável e o plano não apresenta tratamento diferenciado, esbarra-se com a subjetividade dos credores no exame de viabilidade econômica. Logo, a desclassificação de voto por abuso de direito é plenamente possível, porém não pode ter fundamento na apreciação da viabilidade.

Nada obstante seja certo que o juiz não só pode como deve fazer o controle da recuperação, surge dúvida a respeito da extensão a que esse controle judicial pode alcançar sem prejuízo da autonomia dos credores. São casos em que, observando o caráter negocial do instituto, não há uma resposta que se apresente como evidente e que seja a solução para todos os problemas. Os princípios legais servem, de fato, como base na recuperação judicial, mas mostra-se imprescindível a verdadeira compreensão de que tais cânones interpretativos não são autoaplicáveis e tampouco arguíveis em qualquer oportunidade.

4.2 EXTENSÃO DO CONTROLE JUDICIAL

Nos termos estritamente legais, o juiz, por vezes, está de mãos atadas frente a votos conflitantes com o interesse coletivo, sendo, por isso, tão recorrente o apelo à base principiológica para garantir a apreciação judicial.

Pense-se, por exemplo, hipótese em que há apenas um credor com garantia real no processo recuperacional. É importante observar que caso eventualmente esse credor, contrariando o princípio da preservação da empresa economicamente viável, escolha votar contra o plano de recuperação, a falência do devedor estará decretada independentemente dos outros credores terem todos votado pela concessão da recuperação judicial. Ressalta-se, inclusive, que essa vinculação está presente tanto em se tratando do *quórum* oficial como do *quórum* alternativo do art. 58, § 1º, tendo em vista, neste caso, a necessidade de voto favorável de mais de 1/3 dos credores da classe que houver rejeitado o plano. Por esse motivo, há

diversas decisões que reputam o voto contrário à preservação da empresa viável como abuso de minoria, fator que, por consequência, determina sua anulação e posterior concessão do benefício legal.

Desta maneira, é no conflito específico entre o interesse individual de recebimento de crédito e o interesse coletivo da preservação da empresa economicamente viável que se constata um dos problemas mais complexos de resolução da lei. Trata-se, inclusive, da principal investigação do presente estudo. Embora a assembleia-geral de credores tenha autonomia na deliberação, não são poucos os que, mediante ampliação da atuação do juiz para além dos limites literais da lei⁶¹, defendem a utilização do princípio da preservação da empresa como fatores de mitigação de sua soberania.⁶²

Ricardo Negrão, inclusive, em alusão ao *cram down* americano⁶³, reputa que a tradição jurídica no Brasil é a livre apreciação da prova, devendo o juiz, por essa razão, ter postura ativa no processo recuperacional. Para isso, de acordo com o autor, o magistrado deve se conduzir pelo espírito da função social da empresa preconizado na Constituição Federal e pelos nortes firmados pelo art. 47 da lei falimentar.⁶⁴

⁶¹ Expõe, sobre os “limites literais”, o Desembargador José Roberto Lino Machado que “ao julgador há de ser dado certo campo de atuação além dos limites literais da lei para que prevaleça o princípio da manutenção da empresa que revele possibilidade de superar a crise econômico-financeira pela qual esteja passando”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 657.733-4/6-00. Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Relator: Desembargador José Roberto Lino Machado. Diário Oficial de São Paulo. 27 out. 2009)

⁶² O voto do Desembargador Romeu Ricupero ratifica o uso da função social da empresa em detrimento dos termos legais: “Não se pode admitir validade à rejeição de plano por credor único em determinada classe, apesar dos critérios limitados da *cram down* brasileira, sob pena de configurar-se abuso no exercício do direito de votar o plano na assembléia-geral sempre que o credor privilegiasse posições excessivamente individualistas, em detrimento dos demais interesses em jogo [...] não tendo a Lei nº 11.101/2005 previsto hipótese de credor único em determinada classe, penso que o juiz não está impedido de aplicar o princípio maior previsto no art. 47, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0342925-26.2009.8.26.0000. Relator: Desembargador Romeu Ricupero. Diário Oficial de São Paulo. 28 ago. 2009)

⁶³ Conforme Fábio Tokars, no *cram down* americano, “autoriza-se o juiz a aprovar o plano rejeitado por alguma classe de credores, desde que se verifique a viabilidade econômica daquele plano e a necessidade de se tutelar o interesse social vinculado à preservação da empresa”. A diferença é que o Brasil adotou um critério legalista para a concessão do *cram down*, prevendo os requisitos específicos do art. 58, 1º, da LREF. (TOKARS, Fábio. As limitações de aplicação do “cram down” nas recuperações judiciais brasileiras. In: JusBrasil. Disponível em: <<https://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2508142/as-limitacoes-de-aplicacao-do-cram-down-nas-recuperacoes-judiciais-brasileiras>> Acesso em: 27 set. 2017)

⁶⁴ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa: Recuperação de Empresas e Falência. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 218.

Por outro vértice, no entanto, como apregoa Eduardo Goulart Pimenta, cabe destacar que a busca pela preservação da empresa insculpida no dispositivo regente da lei também apresenta como objetivo a preservação de um eficiente mercado de crédito. Ora, é inegável que, minimizando-se as perdas dos credores, os riscos nas operações de financiamento são reduzidos, tornando, por isso, o crédito mais barato. Nessa lógica, preservar uma empresa a qualquer custo é entregar a conta aos credores, os quais, por óbvio, vão embutir o risco no fornecimento do crédito a empresas economicamente viáveis, comprometendo a lucratividade, a função social delas e, por sua vez, o funcionamento do próprio mercado. Daí porque, conclui Pimenta, que “tutelar os interesses dos credores em um processo recuperatório é preservar a eficiência do mercado de crédito, facilitar a obtenção desse essencial fator de produção às empresas e, por fim, zelar pela preservação dela e sua função social”.⁶⁵⁻⁶⁶

Em outras palavras, muito embora se fale em função social da empresa para legitimar a homologação de um plano recuperacional previamente rejeitado pelos credores, referido princípio engloba várias facetas, como, por exemplo, em sentido contrário à pretensão inicial, a liquidação eficiente da empresa inviável e a manutenção do mercado de crédito. Por isso, de acordo com Daniel J. P. de C. Salles, o espírito da função social da empresa não pode ser levantado para obstar a incidência de normas jurídicas expressas, atribuindo, de forma completamente abstrata, ao juiz um poder supralegal:

A função social ou o princípio da preservação da empresa também não podem ser utilizados como argumentos válidos para afastar a legítima manifestação de vontade dos credores. Tal situação corresponderia a um recurso ao gênero do discurso epidíctico, no qual se evocam valores em si, incontestes em abstrato, para justificar uma determinada tese no caso concreto. Reputar interesse legítimo do credor em não aprovar o plano como uma conduta abusiva equivaleria inserir no âmbito do Direito Empresarial o fenômeno do pamprincipiologismo, refutado tão

⁶⁵ PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação judicial de empresas, cram down e voto abusivo em assembleia geral de credores - Estudo de casos. In: Revista de Direito Empresarial - RDEmp. ano 10. n. 1. p. 129-144. jan/abr 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 133-134.

⁶⁶ Nesse sentido, analisando os sistemas falimentares americano e inglês, Marcos de Barros Lisboa conclui pela necessidade do equilíbrio na elaboração de uma lei falimentar, explicando que, se uma legislação pró-credor invariavelmente gera uma perda econômica em termos de renda e empregos, um sistema extremamente pró-devedor acaba por comprometer o sistema econômico como um todo, reduzindo o número de negócios e transações e restringindo o funcionamento do mercado de crédito. (LISBOA, Marcos de Barros. A racionalidade econômica da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Coord. Luiz Fernando Valente de Paiva. São Paulo: Quartier Latin, 2005)

veementemente por, entre outros, Lênio Streck, que o classifica como a utilização de “princípios que não passam de álibis teóricos, despidos de normatividade”. Ao fim, restaria solapada ilicitamente a autonomia privada para fazer valer a vontade do julgador, tal qual ocorria (ilicitamente, naquela época) no regime de 1945.⁶⁷

De toda sorte, olhando não para a definição jurídica de função social da empresa, mas para o entendimento pacificado na jurisprudência acerca da extensão do controle do juiz no processo de recuperação, constata-se que a utilização do princípio regente para fundamentar decisões judiciais esbarra na própria vedação à análise do mérito.

Sem prejuízo da investigação a respeito do abuso do direito de voto realizada em momento anterior, entende-se que referida intervenção, em verdade, examina inadvertidamente a viabilidade empresarial vez que se ampara na função social da empresa para, a partir daí, demonstrar excesso no exercício do direito de voto. Ora, com efeito, por mais intuitivo que seja o magistrado, só se pode propor a manutenção da empresa com base no referido princípio se ela tiver passado no exame de viabilidade econômica. Caso contrário, essa decisão judicial se revestiria apenas como uma espécie de controle de poder excessivo de um credor específico sem, contudo, apresentar uma justificativa válida para sua conduta supostamente contrária ao interesse coletivo. É importante, nesse sentido, esclarecer que esse “poder excessivo” mencionado está intimamente relacionado ao próprio grau de exposição desse credor. O credor majoritário é aquele que despendeu capital significativo e, por isso, afeta-se em maior grau com a inadimplência transitória do devedor. Logo, referida conjuntura deve ser encarada tão somente como uma opção do legislador na busca de uma solução mais justa que considere tanto a necessidade do devedor como a dos credores.

Muito embora haja algumas decisões esparsas em sentido contrário⁶⁸, o entendimento jurisprudencial é claro no sentido de que o controle de mérito do plano

⁶⁷ SALLES, Daniel J. P. de C. Controle judicial da homologação do plano de recuperação judicial. In: Revista de Direito Empresarial, ano 11, n. 1, p. 219-238, jan/abr 2014. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 235-236.

⁶⁸ "Ressalte-se que cabe ao Judiciário aferir sobre a regularidade do processo decisório da Assembleia de Credores, se esta foi realizada de forma adequada e foram atendidos os requisitos legais necessários para tanto, levando-se em consideração, ainda, a viabilidade econômica de a empresa cumprir o plano ajustado, ou mesmo se há a imposição de sacrifício maior aos credores, para só então proferir decisão concedendo ou não a recuperação judicial à empresa agravada, pressupostos que foram observados no caso dos autos". (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70062404595. Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto. Diário Oficial do Rio Grande do Sul. 9 nov. 2014)

de recuperação judicial está fora da alçada do juiz.⁶⁹ Em âmbito de fundamentação das decisões judiciais, inclusive, é comum o apelo ao Enunciado nº 46 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, o qual explicita que “não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores”.

Nessa toada, conforme fundamentação do Informativo de Jurisprudência nº 549, de 5 de novembro de 2014, do Superior Tribunal de Justiça, é firme o entendimento de que o magistrado não é a pessoa mais indicada para aferir a viabilidade econômica dos planos de recuperação judicial. Com efeito, “projeções de sucesso da empreitada e os diversos graus de tolerância obrigacional recíproca estabelecida entre credores e devedor não são questões propriamente jurídicas, devendo, pois, acomodar-se na seara negocial da recuperação judicial”. Ratifica-se, portanto, que o juiz apenas deve realizar o controle de legalidade, o que inclui o repúdio à fraude e ao abuso de direito, sem, contudo, fazer controle da viabilidade econômica.

Observe-se, por fim, que se se admitir a análise de viabilidade econômica por parte do juiz, será necessário também que, por simetria, admita-se a negativa à homologação do plano de recuperação judicial previamente aprovado em assembleia-geral. Consequentemente, por meio de uma análise subjetiva embasada nos princípios regentes da LREF, seria decretada a falência de uma empresa que os seus próprios credores almejavam preservar. Trata-se, além de tudo, de um contrassenso à própria persecução da satisfação do interesse dos credores no processo recuperacional.

De toda sorte, diversamente ao que vem sido sustentado, parte da doutrina apregoa a fixação de parâmetros objetivos para conclusão acerca da viabilidade empresarial. Essa pretensão, no entanto, parece ampliar as hipóteses de controle judicial em âmbito da recuperação judicial vez que o voto contrário aos critérios pré-

⁶⁹ "Em relação à proposta do plano de recuperação propriamente dita, a assembleia-geral é soberana, não podendo o Juiz, nem o Ministério Público, imiscuir-se no mérito do plano, em sua viabilidade econômico-financeira. Esse o entendimento pacífico desta Câmara, devendo tal matéria ser solucionada pelos credores, em assembleia, e jamais pelo Juiz, que não tem o direito, na nova lei, de deixar de homologar o plano aprovado pelos credores, sobretudo e unicamente sob o argumento de que o mesmo é inviável". (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0137535-88.2011.8.26.0000. Relator: Desembargador Elliot Akel. Diário Oficial de São Paulo. 13 dez. 2011)

-determinados poderia ser levantado como abusivo. É o que será discutido nesse momento.

4.3 ADOÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS DE VIABILIDADE

Observado o panorama geral sobre a homologação do plano de recuperação judicial, é relativamente fácil perceber a complexidade enfrentada pelos juízes na proteção do interesse público vinculado à função social da empresa. Por mais que o poder jurisdicional tenha competência para apreciar questões atinentes à legalidade do processo, a imputação de votos como abusivos em virtude de interesses egoístas dos credores necessariamente precisa ter fulcro no exame da viabilidade empresarial. Sem que se faça essa análise, frisa-se que o juiz não teria como cumprir com seu dever legal de fundamentação, fazendo com que a manutenção ou liquidação eficiente da empresa se resuma a uma mera opinião judicial. Esse exame, porém, está repleto de subjetividades que sobre as quais o magistrado não pode fazer juízo de valor uma vez que referida atividade faz parte da soberania assemblear.

Desta maneira, muito embora esteja se atendo à previsão legal, é evidente que interesses individualistas podem sim se camuflar de opinião para subverter o ideal da preservação da empresa economicamente viável. Em outras palavras, ataca-se frontalmente um interesse coletivo trazido pelo novo sistema falimentar sem que o juiz possa fazer nada a respeito.

Nesse sentido, investigando o princípio majoritário como opção legislativa para encaminhamento do processo recuperacional, sugere Ronaldo Vasconcelos como técnica procedimental eficaz para justificar a interferência do Judiciário na apreciação do plano de recuperação a adoção de critérios objetivos para a aferição da viabilidade empresarial. De acordo com seu raciocínio, isso aconteceria, sobretudo, por meio de instrumentos de controle de governança corporativa, partindo do pressuposto de que a empresa deve valer mais em funcionamento do que liquidada. É dizer, para se justificar a decisão pela concessão da recuperação judicial é necessário que se possa identificar um excedente de valor resultante da continuidade da empresa. Para isso, inclusive, sugere Vasconcelos que se estipulem preços de reserva mínimo e máximo para cada sujeito do processo de recuperação judicial, definindo, então, os limites que todos os presentes estão dispostos a

conceder.⁷⁰

Sem intenção de investigar a aderência prática às balizas sugeridas pelo autor, constata-se que, se, de um lado, a fixação de parâmetros objetivos para apreciação da viabilidade empresarial é proveitosa em razão da concretização do interesse público, de outro, o engessamento da deliberação em assembleia tende a solapar sua soberania. Além disso, a exigência de observância a critérios pré-determinados quando da votação geraria a ampliação do poder jurisdicional, superando o mero controle formal do processo para realizar propriamente a análise de viabilidade econômica.

Ora, visto isso, conclui-se que a prevenção a votos individualistas mediante fixação de critérios de aferição de viabilidade empresarial tem um custo substancialmente relevante se for levada em consideração toda conjuntura por detrás do sistema falimentar. Veja-se, pois, que a medida infelizmente aproximaria a recuperação judicial do modelo concordatário previsto pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945 de concentração do poder de decisão nas mãos do juiz, retirando o caráter negocial presente a partir da promulgação da Lei nº 11.101/2005. Enfim, enquanto a medida seria um avanço por agregar aplicabilidade ao princípio da preservação da empresa viável, seria, da mesma forma, um retrocesso por diminuir a autonomia privada na recuperação.

Note-se, porém, que o problema advindo da fixação de critérios se dá exclusivamente em virtude da soberania assemblear para deliberar sobre o plano de recuperação. Com efeito, sem que haja a vinculação, nada impede que a doutrina apresente elementos objetivos para apreciação dos credores, de maneira a facilitar o reconhecimento da viabilidade do plano e contribuir para que a seleção de empresas viáveis seja realizada com maior grau de certeza.

Fábio Ulhoa Coelho, por exemplo, apresenta como critérios de viabilidade econômica da empresa: (i) a importância social; (ii) a mão de obra e tecnologia empregadas; (iii) o volume do ativo e passivo; (iv) o tempo de existência da empresa; e (v) seu porte econômico.⁷¹ De modo similar, apresentando fatores que precisam estar presentes para que a recuperação judicial seja percebida como

⁷⁰ VASCONCELOS, Ronaldo. Princípios processuais da recuperação judicial. 222 f. Tese de Doutorado. Curso de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. p. 126-127.

⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 186-188.

recomendável, Waldo Fazzio Júnior menciona: (i) a importância social e econômica da atividade do devedor no contexto local, regional ou nacional; (ii) mão de obra e tecnologia empregadas; (iii) volume do ativo e do passivo; (iv) tempo de constituição e funcionamento do negócio; e (v) faturamento anual e nível de endividamento da empresa.⁷²

Em suma, diante da subjetividade existente para definição da viabilidade econômico-financeira do devedor, reconhece-se que o princípio da preservação da empresa de fato carece de efetividade no sistema falimentar vigente. Contudo, além do próprio interesse de manutenção do mercado de crédito, o que, como demonstrado, associa-se com o princípio da função social da empresa, entende-se que a soberania da assembleia-geral de credores deve ser respeitada para que não se subverta a lógica instituída quando da edição da Lei nº 11.101/2005. Nessa linha, tem-se que os prejuízos advindos da inserção de parâmetros objetivos de viabilidade se apresentam ainda mais desastrosos que eventual voto descompromissado com o interesse coletivo.

Por esse motivo, é imprescindível que o plano de recuperação judicial seja elaborado pelo devedor com absoluto esmero, buscando não só se apresentar eficiente, mas também vantajoso à assembleia em termos comparativos à decretação da falência. Mais do que isso, defende-se a inclusão de parâmetros objetivos de viabilidade empresarial não na fundamentação da decisão que justifica o intervencionismo do juiz, mas, sim, no próprio plano. Desta forma, demonstra-se a viabilidade empresarial no caso concreto sem que os credores percam sua subjetividade e sem que a atuação judicial adquira maior proporção do que aquelas estipuladas em lei.

⁷² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de Falência e Recuperação de Empresas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 127-128.

5 CONCLUSÃO

Diante da alteração da realidade econômica do país, surgiu a necessidade de se implementar um sistema falimentar que se adequasse à importância da empresa. São muitos os casos em que, apesar de determinado empresário ou sociedade empresária estarem de fato inadimplentes em relação a seus credores, configura-se, em verdade, uma situação de iliquidez temporária passível de ser superada em determinadas condições. Não seria razoável, pois, que o tratamento conferido fosse o mesmo destinado àquela empresa sem chance alguma de se restabelecer.

Nesse sentido, a Lei nº 11.101/2005, regida pelo princípio da preservação da empresa, institui a recuperação judicial como principal instrumento de reorganização empresarial no novo sistema falimentar. Para isso, requer do devedor a elaboração de um plano de recuperação a fim de expor à assembleia-geral de credores os meios pelos quais planeja se utilizar para se reerguer e quitar suas dívidas, demonstrando, sobretudo, conforme delimitado pelo art. 53, II, da lei falimentar, sua viabilidade empresarial.

É importante deixar claro que o sistema falimentar vigente no país é influenciado, concomitantemente, pela valorização da empresa e pela proteção jurídica do mercado. Então, por meio do exame da viabilidade econômica, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência busca definir a disciplina jurídica mais adequada à situação do devedor. Resumidamente, se a viabilidade for demonstrada de fato, a disciplina satisfatória é a recuperação judicial em virtude de todo interesse social envolvido à empresa. Em sentido oposto, porém, sendo concluída a inviabilidade econômica, a solução que se encontra é a sua liquidação eficiente com maximização de ativos.

Entretanto, de forma completamente diferente do que acontecia na vigência do Decreto-Lei nº 7.661/1945, a lei atual confere à classe credora o poder de decidir a respeito da concessão da recuperação judicial. Sendo assim, caso, por meio de conclave, decida-se pela manutenção da empresa no mercado, o benefício será concedido e o plano terá vinculação obrigatória a todos. De outro lado, porém, quando os credores votam em sentido oposto, a decretação da falência do devedor é medida que se impõe.

Como se depreende, a conjuntura instaurada pelo novo instrumento de reorganização empresarial tem gerado problemas de caráter estrutural, sobretudo em relação à conciliação do interesse individual com o interesse coletivo de preservação da empresa viável. O referido cânone interpretativo é posto em cheque quando, por meio de deliberação, quem decide o futuro do devedor é a comunhão de interesses dos credores. Por esse motivo, com a intenção de investigar a extensão da autonomia conferida para deliberação, foram delineados os limites para o exercício regular de direito de voto na assembleia-geral de credores.

Em sintonia com a exposição de Gabriel Saad Kik Buschinelli, defende-se que o voto assemblear é limitado pela boa-fé em relação ao devedor e pelo dever de lealdade entre os credores. Havendo conflito com esses pilares, deve o juiz, portanto, com fundamento no art. 187 do Código Civil, desclassificar o voto por abuso de direito.

Veja-se, no entanto, que, diferentemente do que boa parte da doutrina sustenta, não se concorda com a liberdade dos credores de proferirem sua decisão descompromissados em relação à função social da empresa. Não se pode tão somente levar em conta o interesse individualista quando esse comportamento acarreta o prejuízo de toda a coletividade. Como um princípio regente da LREF, entende-se que a aplicação da função social da empresa é vinculante ao voto em assembleia-geral de credores. Essa vinculação, por sua vez, observando o conceito no Estado Democrático de Direito, é estabelecida sem que a assembleia perca sua soberania. Desta forma, por meio da análise da viabilidade econômica, os credores, em assembleia, deliberam sobre o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor e decidem qual será o destino da empresa.

Ocorre, porém, que a viabilidade econômica é examinada dentro de um contexto de subjetividade dos credores. Com base nas informações obtidas a partir do plano e pela experiência negocial de cada um dos votantes, tem-se concluída a viabilidade ou não da proposta sem que, contudo, o magistrado possa fazer qualquer juízo de valor a respeito. Em outras palavras, sem prejuízo da força vinculante do interesse público atrelado à função social da empresa, a decisão de viabilidade é tomada na esfera de subjetividade de cada credor.

Posto isso, até que a doutrina consagre parâmetros objetivos para constatação da viabilidade empresarial no caso concreto, não se pode, dada a subjetividade na análise, compelir que o credor vote contra seu interesse individual

de recebimento de crédito. Com efeito, uma vez que o juiz não tem competência para analisar o mérito do plano de recuperação, impende concluir que está impedido de anotar se determinada empresa é viável ou não. Por ser assim, não dispondo de exame de viabilidade, fica prejudicada a configuração de abuso do direito de voto por atentado contra o princípio da função social da empresa - até porque o princípio tem sua faceta negativa no sentido da promoção da liquidação eficiente quando se trata de empresas inviáveis. Ou seja, de acordo com a situação atual, o juiz não possui mecanismos suficientes para decidir se a posição do credor de decretar a falência do devedor é favorável ou contrária à lógica da lei.

Se, por outro lado, for adotada a posição doutrinária no sentido de que existem critérios objetivos para conclusão acerca da viabilidade econômica da empresa, há de se alterar a conclusão anterior. Contudo, veja-se também que, simultaneamente, o impedimento do juiz de se imiscuir no mérito do plano deve ser revisto, tendo em consideração que eventual decisão a respeito da abusividade do voto sem preocupação social certamente envolverá exame de mérito. Nessa linha, é de se entender que o voto do credor individualista poderia sim ser declarado abusivo, visto que o juiz gozaria de liberdade para trazer fundamentação concernente à função social da empresa sem que estivesse usurpando a competência da assembleia.

De toda forma, nota-se que a possibilidade de o juiz adentrar ao mérito da proposta se mostra como sério limitador da própria competência dos credores na recuperação judicial. Havendo necessidade da concretização da viabilidade econômica para homologação do plano, caberia, então, ao credor favorável à falência apresentar a motivação razoável pela qual está concluindo pela inviabilidade da empresa. É dizer, o poder de decisão dos credores diminuiria enquanto o poder do magistrado aumentaria, o que, frise-se, vai de encontro com a lógica trazida pela Lei nº 11.101/2005.

Enfim, interpretando a intenção do legislador quando da edição da lei, compreende-se que a melhor solução para o caso seria a consagração de parâmetros objetivos de viabilidade econômica para fins de guiar a discussão assemblear sem que, no entanto, estenda-se ao juiz o poder de opinar a respeito do mérito do plano. Desta maneira, a soberania da assembleia-geral de credores é mantida sem que se perca o foco de quais são as questões que devem ser estudadas quando da deliberação.

Portanto, tendo em vista que a lei falimentar conferiu exclusivamente aos credores o papel de deliberação a respeito do plano de recuperação judicial, a atuação do juiz no processo recuperacional está restrita tão somente ao controle de legalidade. Sendo assim, o plano de recuperação precisa ser elaborado pelo devedor com absoluta precisão técnica por profissionais dotados de capacidade e credibilidade, de modo a se apresentar simultaneamente eficiente e vantajoso à comunhão de credores. Para isso, é importante que os critérios objetivos de viabilidade empresarial sejam utilizados para demonstrar a pertinência da proposta de recuperação.

Em última análise, no contexto da recuperação judicial no sistema falimentar vigente, o devedor está incumbido de demonstrar sua viabilidade empresarial sem retirar dos credores suas respectivas subjetividades e sem que a atuação judicial possa se escorar na função social da empresa para se sobrepor à decisão assemblear.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; OLIVEIRA, Matheus Azevedo Bastos de. A recuperação judicial e o controlo judicial sobre o plano de recuperação judicial no Brasil. In: **Revista Eletrônica de Direito**. n. 1. Porto: Centro de Investigação Jurídico-Econômica da Universidade do Porto, 2016. Disponível em: <<http://www.cije.up.pt/content/recupera%C3%A7%C3%A3o-judicial-e-o-controlo-judicial-sobre-o-plano-de-recupera%C3%A7%C3%A3o-judicial-no-brasil>> Acesso em 25 set. 2017.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARCELLOS, João Moreno Onofre. **Extensão e fundamentos do controle judicial sobre a aprovação do plano de recuperação empresarial pela assembleia-geral de credores**. 75 f. Monografia de Bacharelado. Curso de Direito. Fundação Getúlio Vargas - Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17266>> Acesso em 25 set. 2017.

BAROSSO-FILHO, Milton. As assembleias de credores e plano de recuperação de empresas: uma visão em teoria dos jogos. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. n. 137. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARUFALDI, Wilson Alexandre Des Essarts. **Recuperação judicial: dos fundamentos a uma proposta de interpretação do artigo 67, caput, da Lei nº 11.101, de 2005**. 331 f. Dissertação de Mestrado. Curso de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/143510/000866139.pdf?sequence=1>> Acesso em 29 jul. 2017.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BODIN, Jean. **On Sovereignty: four chapters from six books of the commonwealth**. Edited and translated by Julian H. Franklin. New York: Cambridge University Press, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: **Direito Contratual: Temas Atuais**. Coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Método. 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de out. de 1988. Brasília, DF.

_____. Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de jun. de 1945. **Lei de Falências**. Brasília, DF.

_____. **Exposição de motivos da Lei nº 11.101, de 9 de fev. de 2005.** Diário do Congresso Nacional, Seção 1, 22/2/1994, p. 1.987. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-norma-pl.html>> Acesso em 2 ago. 2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de jan. de 2002. **Código Civil Brasileiro.** Brasília, DF.

_____. Lei nº 11.101, de 9 de fev. de 2005. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** Brasília, DF.

_____. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. **Parecer nº 534, de 10 jun 2004.** Relator Ramez Tebet. Diário do Senado Federal. Brasília, DF. p. 17.856-17.941. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3499286&disposition=inline>> Acesso em 22 ago 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.314.209/SP.** Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Diário Oficial da União. Brasília, 1º de jun. de 2012

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 0136362-29.2011.8.26.0000.** Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Relator: Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. Diário Oficial de São Paulo. 28 fev. 2012.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 0137535-88.2011.8.26.0000.** Relator: Desembargador Elliot Akel. Diário Oficial de São Paulo. 13 dez. 2011

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 0342925-26.2009.8.26.0000.** Relator: Desembargador Romeu Ricupero. Diário Oficial de São Paulo. 28 ago. 2009

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2158969-94.2014.8.26.0000.** 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Desembargador Tasso Duarte de Melo. Diário Oficial de São Paulo. São Paulo, 07 abr. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 657.733-4/6-00.** Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Relator: Desembargador José Roberto Lino Machado. Diário Oficial de São Paulo. 27 out. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70062404595.** Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto. Diário Oficial do Rio Grande do Sul. 9 nov. 2014

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores.** 203 f. Dissertação de Mestrado. Curso de Direito. Universidade de São

Paulo. São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-24102016-155244/pt-br.php>> Acesso em 30 ago. 2017.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. **Falência e Recuperação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Manual de Recuperação de Empresas e Falência**. Lisboa: Juruá, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ESPÍNDOLA, Amanda Vilarino. **O abuso do direito de voto na assembléia-geral de credores no processo de recuperação judicial**. 136 f. Dissertação de Mestrado. Curso de Direito. Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima, 2010. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/u/201503/amandavilarinoespindoladoabusodedireitodevoto.pdf>> Acesso em: 25 mai. 2017.

ESTEVEZ, André Fernandes. **Das origens do direito falimentar à Lei nº 11.101/2005**. In: Revista Jurídica Empresarial, v. 3, n. 15, jul./ago. 2010. Porto Alegre: Notadez, 2010.

ESTRELLA, Hernani. **Despedida de Sócio e Apuração de Haveres**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1948.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FONSECA, Humberto Lucena Pereira da.; KÖHLER, Marcos Antônio. A nova lei de falências e o instituto da recuperação extrajudicial. In: **Textos para discussão 22**. Coordenação de Estudos. Consultoria Legislativa do Senado Federal. Brasília: Senado Federal, 2005.

HORST, Juliana Brandão de Melo. **Poder de deliberação dos credores na assembleia de recuperação judicial**. 94 f. Dissertação de Mestrado. Curso de Direito. Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima, 2011. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/u/201503/julianabrandaomelohorstpoderdeliberacaocredoresassembleiarecuperacaojudicial.pdf>> Acesso em 20 ago. 2017.

LISBOA, Marcos de Barros. A racionalidade econômica da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. Coord. Luiz Fernando Valente de Paiva. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. **O conceito de soberania no estado contemporâneo e suas implicações na dicotomia entre o direito interno e o direito internacional**. 156 f. Tese de Doutorado. Curso de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7102> Acesso em 16 set. 2017.

LOBO, Jorge. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Coord. Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Tratado de Los Contratos: Parte Geral**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.

MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do ministério público. In: **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. Org. Luiz Fernando Valente de Paiva. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa: Recuperação de Empresas e Falência**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. A antítese função social da empresa *versus* soberania dos credores, nas recuperações. In: **Comentários à lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei nº 11.101/2005**. Coord. Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação judicial de empresas, cram down e voto abusivo em assembleia geral de credores - Estudo de casos. In: **Revista de Direito Empresarial - RDEmp**. ano 10. n. 1. p. 129-144. jan/abr 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PINTO, Marcio Morena. A noção de vontade geral e seu papel no pensamento político de Jean-Jaques Rousseau. In: **Cadernos de Ética e Filosofia Política 7**. São Paulo: USP, 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SALLES, Daniel J. P. de C. Controle judicial da homologação do plano de recuperação judicial. In: **Revista de Direito Empresarial - RDEmp**. ano 11. n. 1. p. 219-238, jan/abr 2014. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SATANOWSKY, Marcos. **Tratado de Derecho Comercial**. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1957.

SATIRO, Francisco. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: **Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor**

José Alexandre Tavares Guerreiro. Coord. Rodrigo Rocha Monteiro de Castro, Walfrido Jorge Warde Júnior e Carolina Dias Tavares Guerreiro. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SILVA, César Nimer Moreira. **Incentivos à decisão de recuperação da empresa em crise: análise à luz da teoria dos jogos.** Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-18112009-093516/pt-br.php>> Acesso em 2 de set. 2017.

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

SZTAJN, Rachel. Comentários ao capítulo III, seção I, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: **Comentários à lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei nº 11.101/2005.** Coord. Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2007.

_____. Notas sobre as assembleias de credores na Lei de Recuperação de Empresas. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.** v. 44. São Paulo: USP, 2005.

TOKARS, Fábio. As limitações de aplicação do “cram down” nas recuperações judiciais brasileiras. In: **JusBrasil.** Disponível em: <<https://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2508142/as-limitacoes-de-aplicacao-do-cram-down-nas-recuperacoes-judiciais-brasileiras>> Acesso em: 27 set. 2017

TOMAZZETE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas.** v. 3. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VASCONCELOS, Ronaldo. **Princípios processuais da recuperação judicial.** 222 f. Tese de Doutorado. Curso de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162049/pt-br.php>> Acesso em 20 ago. 2017.