

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Matheus Bonenberger Domingues

**Aprovação do plano de recuperação judicial pelo juiz em caso de rejeição pela
Assembléia-Geral de Credores**

Porto Alegre

2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Matheus Bonenberger Domingues

**Aprovação do plano de recuperação judicial pelo juiz em caso de rejeição pela
Assembléia-Geral de Credores**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado junto ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Carlos Klein Zanini

Porto Alegre

2010

RESUMO

O presente trabalho trata da possibilidade de imposição do plano de recuperação judicial apresentado pela empresa aos credores, caso não tenha sido obtida a aprovação por todas as classes votantes em Assembléia-Geral de Credores. Além disso, relaciona o mecanismo existente no direito brasileiro com os institutos aplicados no direito estrangeiro, principalmente o norte americano, de modo a possibilitar a flexibilização dos requisitos necessários para aplicação do *cram down* no Brasil. É analisado, também, a necessidade de outorga de maiores poderes aos magistrados brasileiros, bem como uma maneira de limitar este poder. O estudo ganha importante relevância em função do pequeno período de aplicação da nova lei brasileira e pela existência de lacunas, além da possibilidade de que os critérios objetivos necessários para a superação do veto de uma classe de credores acabem por barrar as soluções mais justas para os casos concretos.

Palavras-chave: Lei 11.101/05. Recuperação judicial de empresas. *Cram down*. Imposição do plano de recuperação judicial.

ABSTRACT

The present paper deals with the possibility of imposition of judicial recovery plan presented by the company to creditors, in case of don't be approved by all classes voting in the General Assembly of Creditor. Moreover, it relates the existing mechanism under Brazilian law with the institutes applied abroad, principally in North America, to enable the relaxation of the requeriments for application of cram down in Brazil. It also analyzes the need of granting greater Power to brazilian magistrates, as well as way to limit this power. The study gains significant importance due to the short period os application of the new brazilian law and the existence of omissions, beyond the possibility that the objective rule needed to overcome the rejection of a class of creditors end by stopping just solutions to the cases.

Key words: Law 11.101/05. Judicial recovery of companies. Cram down. Imposition of the judicial recovery plan.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. NATUREZA JURIDICA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	8
1.1. Instituto de Direito Privado.....	8
1.2. Instituto de Direito Público.....	9
1.3. Instituto de Direito Econômico.....	9
2. PRINCÍPIOS DA LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	11
2.1. Preservação da Empresa.....	11
2.2. Função Geradora de Empregos.....	12
2.3. Função Geradora de Tributos.....	13
2.4. Função Social da Empresa.....	14
3. A RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS NAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS.....	21
3.1. Direito Americano.....	21
3.2. O Direito Chileno.....	24
3.3. O Direito Francês.....	25
3.4. O Direito Inglês.....	26
3.5. O Direito Alemão.....	28
3.6. O Direito Português.....	30
4. PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO...32	
4.1. Requerimento e Concessão do Processamento da Recuperação Judicial.....	32
4.2. Habilitação de Créditos.....	33
4.3. Plano de Recuperação Judicial.....	36
4.4. Da Demonstração de Viabilidade Econômica.....	37
4.5. A Assembléia Geral de Credores.....	40
4.5.1. Formalidades na Convocação da Assembléia-Geral de Credores.....	41
4.5.2. Formalidades de Instalação da Assembléia-Geral de Credores.....	42
4.5.3. Legitimidade para Votar na Assembléia-Geral de Credores.....	43
4.5.4. Deliberação na Assembléia-Geral de Credores.....	45
4.5.5. Competência da Assembléia-Geral de Credores.....	47
5. APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	50
5.1. Aprovação com Anuência de Todos os Credores.....	50
5.2. Aprovação do Plano em Assembléia-Geral de Credores.....	50

5.3. Aprovação do Plano Pelo Cram Down.....	51
5.3.1. Necessidade de Outorga de Maiores Poderes ao Juiz.....	52
5.3.1.1 A <i>Fair And Equitable Rule</i>	55
5.3.1.2 O <i>Best-Interest-Of-Creditors</i>	57
5.3.1.3. A <i>Unfair Discrimination</i>	59
5.3.1.4. Cumulação das Normas <i>Best-Interest-Of-Creditors</i> e <i>Unfair Discrimination</i>	61
5.3.3.5. Utilização das Normas Alternativamente.....	61
5.3.2. Superação do Inciso I, do §1º do art. 58, da Lei 11.101/05.....	63
5.3.3. Superação da Necessidade de Voto Favorável de Duas em Três Classes Votantes.....	65
5.3.4. A Exigência de Porcentagens de Aprovação.....	66
CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 11.101/05, a recuperação de empresas ganhou novos contornos no direito brasileiro, com significativas mudanças em sua estrutura. A antiga concordata se tratava de mero favor legal concedido pelo Poder Judiciário ao empresário que se encaixasse em determinados requisitos objetivos pré-estabelecidos pelo Decreto-Lei 7.661/45, configurando apenas dilação nos prazos para pagamentos, sem maiores possibilidades de implementação de outras medidas.

A nova lei alterou a mentalidade deste segmento do direito brasileiro, antes voltada para uma solução liquidatória das empresas em dificuldades, sendo que atualmente a recuperação da empresa é o fim maior da nova lei, que pode ser efetivada por meio de inúmeras formas. Há que se ressaltar, ainda, a possibilidade de inclusão de todos os credores no processo de recuperação, e não somente dos créditos quirografários.

Para que fosse concedida a concordata à empresa pela lei antiga, era necessário que o devedor se encontrasse em situação somente de crise financeira, sendo que se fosse crise econômica, seria decretada a sua falência. Com o advento da nova lei, o tipo de dificuldade pela qual a empresa passa não possui tamanha importância. A nova lei é norteadada pela vontade dos credores (na aprovação ou não do plano) e pelos princípios de função social e preservação da empresa.

Neste sentido, foi criado o instituto da Assembléia-Geral de Credores, por meio da qual os credores deixaram de ser meros espectadores do processo de reerguimento da empresa (como era na lei antiga) e se transformaram em importantes peças da recuperação, pois são necessários para a aprovação do plano e possuem poderes de interferência na proposta apresentada pelo devedor e até mesmo alterações na administração da empresa.

No entanto, nem sempre é possível a obtenção dos quóruns de aprovação determinados pelo art. 45 da Lei de Recuperação de Empresas, tendo sido criado, também, o art. 58, por meio do qual é possível a imposição do plano de recuperação aos credores dissidentes, caso preenchidos determinadas exigências. Trata-se do chamado *cram down*, importado do direito norte-americano.

Porém, os requisitos legais necessários para que o juiz brasileiro possa impor o processamento da recuperação judicial, quando o plano apresentado tenha sido rejeitado pelos credores em assembléia, possuem critérios extremamente objetivos e rígidos, que impossibilitam a análise do caso concreto pelo magistrado, de forma a barrar a obtenção

da solução mais justa e em dissonância com os princípios da nova lei, que objetivam a preservação da empresa.

Diante disso, serão analisados os meios de imposição do plano de recuperação aos credores dissidentes existentes no direito estrangeiro, em especial o norte-americano, de forma a averiguar quais as medidas que podem ser aplicadas no direito pátrio para que seja possível a obtenção da solução mais justa aos casos concretos, o que nem sempre é possível por meio de aplicação restritiva da nova lei.

Ainda neste âmbito, será analisada a pertinência dos requisitos elencados pela nova lei para que seja possível a superação do veto de uma classe de credores no direito brasileiro, tendo em vista alguns casos concretos em que foram constatados que estas exigências são abusivas, e com base nas legislações estrangeiras, de modo a possibilitar a flexibilização das exigências do art. 58 da Lei 11.101/05 e para preencher algumas lacunas existentes no referido dispositivo.

Ainda, será estudada a necessidade de outorga de maiores poderes aos magistrados brasileiros, principalmente quanto à análise do plano de recuperação apresentado pela empresa, de modo a possibilitar a implementação de plano consistente e viável, em caso de rejeição pelos credores, e também para permitir a rejeição de plano inexecutável ou que contenha disposições contrárias à lei brasileira, por mais que não tenha tido impugnações ou que tenha sido aprovado em assembléia.

1. NATUREZA JURIDICA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

1.1. Instituto de Direito Privado

A doutrina privatista entende que a recuperação judicial é um contrato, porquanto seja celebrado entre o devedor e seus credores, diante do que cabe ao juiz apenas homologar o plano apresentado, sem interferir na autonomia de vontade dos contratantes.

Cabe, neste sentido, citar a lição de Sérgio Campinho:

“Por isso, em nossa visão, o instituto da recuperação judicial deve ser visto com a natureza de um contrato judicial, com feição novativa, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordens objetiva e subjetiva para sua implementação”¹.

Não é outro o entendimento de Lidia Valério Marzagão:

“Tem-se, portanto, que não obstante o pedido de recuperação judicial estar sujeito à direção e homologação da autoridade judiciária competente, a fundamental representatividade e participação dos credores na decisão de aprovação do plano de recuperação da empresa imprime-lhe uma natureza contratual”².

No entanto, essa teoria não é suficiente para explicar alguns efeitos da recuperação judicial. O contrato obriga apenas aqueles que a ele aderirem. Não é o que acontece na reorganização empresarial, que não obriga apenas aqueles que aprovam o plano ou que comparecem à assembléia para votar, mas sim tanto aqueles já envolvidos pela relação de credores (participantes ou não do processamento da recuperação) quanto os que nem tomaram conhecimento do plano, mas que acabam abrangidos pelos efeitos do art. 6º³.

Jorge Lobo elenca alguns efeitos do processo de recuperação judicial que não se encaixam na teoria privatista:

¹ Campinho, Sérgio. Falência e Recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12-13.

² Marzagão, Lidia Valério *in* Machado, Rubens Approbatto (coord). Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 94.

³ Lei 11.101/05. Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

“A meu ver, *data maxima venia*, o instituto da recuperação judicial da empresa não é um contrato, porque o contrato só obriga aqueles que a ele aderirem, tácita ou expressamente, o que não ocorre na recuperação judicial, porque ela: 1º) ‘suspende o curso de todas as ações e execuções em face do devedor’, independentemente da vontade dos credores; 2º) ‘obriga a todos os credores a ela sujeitos’, inclusive os credores ausentes, os que se abstiveram de votar e os dissidentes, vencidos na assembléia geral de credores; 3º) nova os créditos anteriores ao ajuizamento da ação, com sacrifício do direito dos credores, embora, eventualmente, sob protestos; 4º) mesmo não havendo unanimidade na votação por classes, o juiz pode homologar o plano, impondo-o à classe dissidente, se preenchidos os requisitos do art. 58, §§ 1º e 2º, da LRE etc”⁴.

1.2. Instituto de Direito Público

Entendem os publicistas que a recuperação judicial é um instituto de Direito Processual, uma vez que a Nova Lei garante ao devedor, se preenchidos os requisitos formais do art. 51 e os requisitos materiais do art. 48, o processamento da recuperação.

Afirmam que a reorganização judicial se efetiva e se implementa através de uma ação processual de natureza constitutiva, preconizada pela doutrina italiana sobre a “administração controlada”, a “administração extraordinária” e a “liquidação coacta administrativa”.

Jorge Lobo explica sua posição contrária:

“A meu ver, a recuperação da empresa não é um instituto de Direito Público porque: 1º) o credor não é citado para responder a uma demanda judicial, sob pena de revelia, mas chamado a opinar; 2º) o juiz não decide uma lide, *rectius*, um conflito de interesses, que são compostos, consensualmente, pelo devedor e seus credores no âmbito da assembléia geral de credores, sobretudo quando os credores apresentam modificações ao plano de recuperação; 3º) não há produção de provas, audiência de conciliação, instrução e julgamento, condenação em honorários de sucumbência etc”⁵.

1.3. Instituto de Direito Econômico

⁴ Toledo, Paulo F. C. Salles de; Abrão, Carlos Henrique. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121/122.

⁵ *Ibidem*, p. 122.

A doutrina economista, liderada por Orlando Gomes⁶ no Brasil, sustenta que o Direito Econômico:

- a) está situado numa zona intermediária entre o Direito Público e o Privado;
- b) possui uma tríplice unidade: de espírito, de objeto e de método;
- c) não se orienta pela idéia de justiça, mas sim pela idéia de eficácia técnica, em virtude da especial natureza da tutela jurídica que dela emerge, na qual prevalecem os interesses gerais e coletivos, públicos e sociais, aos quais ela visa preservar e atender prioritariamente, surgindo aí o caráter publicístico das normas de direito econômico.

Cabe, ainda, citar ensinamento de Orlando Gomes:

O Direito Econômico, compreendendo, como compreende, regras de Direito Civil, Comercial, Administrativo, Penal e Tributário, desenvolve-se numa zona intermediária, que não é de Direito Público, nem de Direito Privado⁷.

De fato a recuperação judicial não se norteia pela idéia de justiça, mas sim pela reorganização das empresas em crise, mesmo que seja necessário o sacrificio dos credores, inclusive com possibilidade de supressão de alguns de seus direitos, como diminuição de seus créditos, prolongamento dos prazos para pagamento, e até mesmo desconstituição de garantias.

Neste sentido, deve ficar registrada a necessidade de o devedor se encontrar em situação de crise econômico-financeira, conforme disposto no art. 47. Não se trata, portanto, de conceito jurídico, mas sim econômico, evidenciando, desta forma, a ingerência de outras áreas na lei de recuperação de empresas.

São adeptos dessa doutrina Jorge Lobo⁸, Luis Inácio Vigil Neto⁹, Eduardo Goulart Pimenta¹⁰ e Ecio Perin Junior¹¹.

⁶ Gomes, Orlando. Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 4, *apud* Toledo, Paulo F. C. Salles de; Abrão, Carlos Henrique. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121.

⁷ *Ibidem*, p. 122.

⁸ Toledo, Paulo F. C. Salles de; Abrão, Carlos Henrique. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁹ Vigil Neto, Luiz Inácio. Teoria falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei 11.1.01/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁰ Pimenta, Eduardo Goulart. Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

¹¹ Perin Junior, Ecio. Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas. São Paulo: Editora Método, 2006.

2. PRINCÍPIOS DA LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Conforme anteriormente exposto, a Nova Lei de Falências alterou o princípio norteador dos processos abrangidos em seu campo de competência, sendo que o Decreto-Lei 7.661/45 buscava sempre a liquidação da empresa, enquanto que a Lei de 2005 objetiva a recuperação do devedor, tendo o regime falimentar como última hipótese.

Com isso, foram introduzidos no direito falimentar e recuperacional diversos princípios que serão a seguir analisados, sendo que, preliminarmente, deve ficar registrado a idéia de que a empresa deve ser entendida como uma conjunção de fatores econômicos e sociais, sendo que se deve preservar não só os interesses privados como também os interesses da sociedade, abrangendo, desta forma, o interesse de todos aqueles que de algum modo se relacionam com a empresa.

2.1. Preservação da Empresa

Talvez a maior alteração ocorrida no direito falimentar tenha sido a sua orientação processual, sendo que a Lei 11.101/05 possui como finalidade máxima a manutenção da empresa.

No sentido de preservação da empresa, Ecio Perin Junior entende a empresa deve ser encarada como centro autônomo de interesses, sendo que o vínculo existente com o empresário não é vitalício, principalmente em caso de inidoneidade, diante do que a preservação da empresa deve se sobressair, com punição e afastamento do mau administrador¹².

Newton de Lucca, em concordância com o autor supracitado, explica que essa idéia é aplicada também no direito italiano, de modo que a sorte da empresa deve ser dissociada da sorte do empresário, ou seja, em caso de má administração por parte da diretoria da empresa, os responsáveis devem ser afastados, de forma a não prejudicar o andamento de uma empresa viável¹³.

¹² Perin Junior, Ecio. *Preservação da Empresa na Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹³ Lucca, Newton de, *in* Oliveira, Fátima Bayma de. *Recuperação de Empresas: Uma Múltipla Visão da Nova Lei*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 5.

Portanto, a solução liquidatória adotada pelo Decreto-Lei 7.661/45 foi afastada, sendo que, com a nova lei, a liquidação da empresa deve ser considerada um instituto residual, aplicável apenas quando visivelmente inviáveis as tentativas de saneamento e recuperação da empresa.

2.2. Função Geradora de Empregos

Primeiramente, cabe destacar o elevado patamar no qual a relação de emprego ocupa dentro da sociedade capitalista. É de suma importância, para a geração e circulação de capital a existência e o preenchimento de vagas de trabalho.

Portanto, as empresas privadas possuem notória importância dentro da sociedade moderna, pois são as maiores fontes geradoras de emprego

Da relação de trabalho nascem diversas outras vagas, tanto diretas quanto indiretas, sendo que não se pode deixar de lado a circulação de capital e o recolhimento de impostos decorrentes do vínculo empregatício.

Nesse sentido, Fábio Konder Comparato ressalta a importância da empresa na economia nacional:

“Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa. É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado. (...) É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais. É em torno da empresa, ademais, que gravitam várias agentes econômicos não-assalariados, como investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviço”.¹⁴

Além disso, Jorge Queiroz¹⁵ e Ecio Perin Junior¹⁶ defendem estar o princípio da dignidade da pessoa humana, positivado no art. 1º, III, da Constituição Federal

¹⁴ Comparato, Fábio Konder. A Reforma da Empresa. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 50, p. 57, abr./jun. 1983, *apud* Perin Junio, Ecio. Preservação da Empresa na Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20.

¹⁵ Queiroz, Jorge, *in* Oliveira, Fátima Bayma de. Recuperação de Empresas: Uma Múltipla Visão da Nova Lei. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 9.

¹⁶ Perin Junio, Ecio. Preservação da Empresa na Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25.

brasileira, atrelado à relação de emprego, de modo que é direito do trabalhador ter um posto de serviço para trabalhar.

2.3. Função Geradora de Tributos

A política tributária é dividida em tributação fiscal e extrafiscal. A primeira consiste em arrecadação de impostos, ou seja, na transferência de capital do setor privado para os cofres públicos.

Quanto à tributação extrafiscal, se trata de utilizar os impostos de forma progressiva ou regressiva, ou até mesmo de concessão de benefícios, para estimular ou desestimular comportamentos dos contribuintes, de acordo com os interesses e necessidades da sociedade.

Portanto, por meio da tributação extrafiscal, o Estado tem poder para interferir na economia da sociedade e direcionar o desenvolvimento econômico de acordo com seus interesses.

A importância da adequada política tributária é destacada por Ecio Perin Junior:

o fato econômico é preponderante para a adequada política tributária, não podendo o Estado interferir, via tributação, com medidas que provoquem a instabilidade na economia. A estabilidade econômica é mantida quando o Estado controla a inflação, a política de juros, possibilita a capacidade produtiva da sociedade, controla o orçamento público e os gastos públicos, garantindo a propriedade, propiciando a livre iniciativa e a livre concorrência. A política tributária deve, pois, adequar-se ao ordenamento jurídico vigente, sob pena de tornar-se ineficaz e nula.¹⁷

O autor continua a lição:

Assim, os tributos também precisam preservar a sua função social, como forma de alcançar a justiça fiscal e como um dos objetivos do Estado brasileiro. Somente com a socialização dos tributos, da sua aplicação como instrumento social, é que será possível desenvolver uma política social justa e distributiva, nos anseios da nação e como forma de alcançar as finalidades

¹⁷ Ibidem, p. 39.

a que o Estado se prestou a desenvolver através de sua Carta Constitucional.¹⁸

Portanto, com o poder de tributação, o Estado possui capacidade para, por meio dos impostos, estimular, desestimular e até mesmo inviabilizar a atividade empresarial. Ou seja, a economia nacional é direcionada pelo governo por meio da política tributária escolhida e aplicada.

Das empresas partem as maiores parcelas de arrecadação para os cofres públicos, que são geradas a partir dos postos de trabalho existentes no estabelecimento, do lucro percebido pelo empresário, dentre outros tributos que incidem no exercício da atividade empresarial.

Ainda, do vínculo empregatício surgem diversos outros fatos geradores de tributos, como na circulação de capital no mercado de consumo, na aquisição de bens móveis e imóveis, contratação de empregados para fazer o serviço de casa, etc.

Realizado este raciocínio, resta evidente a existência de interesse por parte do Estado na manutenção da fonte de arrecadação de tributos, na medida em que necessária para sua própria subsistência.

Diante disso, deveriam ser realizadas políticas públicas de apoio e incentivo à recuperação das empresas em crise, por meio de concessão de empréstimos, parcelamentos e isenção de impostos, realização de cursos gratuitos de reciclagem aos empresários, dentre outros, ou seja, deveria haver engajamento maior por parte do Estado na superação da crise vivenciada pelo devedor.

2.4. Função Social da Empresa

Com a constitucionalização do direito de Propriedade Privada, este passou por uma redefinição em seu cerne estrutural.

Essas alterações vieram junto com a Constituição Federal de 1988, e encontram-se amparadas principalmente pelos arts. 5º, incisos XXII¹⁹ e XXIII²⁰, e 170, III²¹, da Constituição Federal do Brasil.

¹⁸ Perin Junior, Ecio. Preservação da Empresa na Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2009, p.40.

¹⁹ Constituição Federal do Brasil, art. 5º, XXII. é garantido o direito de propriedade.

²⁰ Constituição Federal do Brasil, art. 5º, XXIII. a propriedade atenderá a sua função social.

Numa interpretação radical e estrita destes dispositivos, constata-se contradição e possível incompatibilidade entre essas normas, porquanto uma assegure o direito à propriedade (art. 5º, XXII) e outra determina que essa cumpra com sua função social (art. 5º XXIII).

Entretanto, há que se fazer distinção entre Propriedade dotada de função individual e Propriedade com função social. A doutrina faz essa distinção por meio do que chama de Propriedade Dinâmica e Propriedade Estática.

Cabe citar ensinamento de Eros Roberto Grau, segundo o qual, analisada estaticamente, a propriedade é direito subjetivo. Entretanto, se vista sob a perspectiva de seu dinamismo, a propriedade é função²².

No tocante à Propriedade Estática, é pertinente apenas sua definição: bens consumíveis, que se esgotam no momento de sua utilização ou que são utilizados para fins estritamente individualistas.

Quanto à Propriedade Dinâmica, refere-se aos bens ou recursos através dos quais se exercem atividades econômicas, que são utilizados na produção de outros bens e serviços.

Aplicando estas idéias à Empresa Privada, podemos defini-la como um conjunto de bens em dinamismo. Desta forma, deve ser dispensado a ela um tratamento jurídico diferenciado daquele aplicado aos bens de consumo.

Tullo Cavallazzi Filho vai além ao afirmar que:

uma vez dinamizada a Propriedade através dos Bens que proporcionam efetivos frutos para a coletividade, como a produção de outros produtos, geração de renda e trabalho, estaria a Propriedade sobre os Bens de Produção caracterizada também como um poder-dever, já que, além da carga subjetiva que a vincula a seu proprietário, a Propriedade o faz assumir também um compromisso intrínseco de servir à sociedade.²³

Parte da doutrina considera que após criada pela iniciativa privada, a empresa transforma-se em atividade autônoma voltada para a circulação de bens e serviços, geração de postos diretos e indiretos de trabalho.

²¹ Constituição Federal do Brasil, art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade.

²² Grau, Eros Roberto. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 112, *apud* Filho, Tullo Cavallazzi. A Função Social Da Empresa e seu Fundamento Constitucional. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 21.

²³ Filho, Tullo Cavallazzi. A Função Social Da Empresa e seu Fundamento Constitucional. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 52.

Além disso, ela não está voltada apenas para a satisfação dos interesses de seus administradores, mas também para os interesses de seus empregados, proprietários e até mesmo da comunidade na qual está inserida.

Ou seja, após sua criação, a empresa ganha contornos estranhos à idéia de propriedade privada pura, de forma que passa a ser um complexo dinâmico dotado de interesse social e voltado para a satisfação das necessidades da sociedade.

Neste sentido, cabe citar entendimento de Ecio Perin Junior:

A empresa é uma representação de interesses privados relacionados à produção, com variados graus de organização e de personalização do controle de capital, destinada a exercer seu objeto através de referências de mercado, que irradia seus efeitos em toda a sociedade. Portanto, há um grau de socialização que não pode ser desprezado.

(...) A empresa deve sempre buscar reduzir seus riscos financeiros e operacionais e, dessa forma, tentar controlar as áreas específicas de mercado em que intervêm; contudo, essa medida não pode simplesmente excluir seu papel social quando protege a empregabilidade, a arrecadação de tributos ou a manutenção da circulação de bens ou serviços, os quais proporcionam indiretamente a dignificação da pessoa humana.²⁴

O autor ainda afirma que para o bom desenvolvimento da ordem social e econômica, no sentido de ser justa e humana, é necessário que a propriedade privada, principalmente com relação à empresa, tenha seu desenvolvimento voltado para o bem comum.

Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn baseiam sua lição no direito comparado:

Na doutrina espanhola destaca-se a tese de Angelo Gallo, cuja proposta é a da ‘funcionalização’ da atividade econômica em um regime de livre-iniciativa, afastada qualquer possibilidade de supervisão ou ingerência estatal.

O autor assinala à função social um duplo dever de agir:

1º) O de colaborar com a realização do bem comum, conforme as necessidades detectadas no meio próximo àquele em que tem lugar o exercício da atividade econômica.

2º) Prover ao que chama de responsabilidade social interna, a qual consistiria em atender às necessidades dos que trabalham na empresa, promovendo ao seu aperfeiçoamento integral, isto é – físico, técnico e moral, além de permitir uma maior participação na atividade empresarial.²⁵

²⁴ Perin Junior, Ecio. Preservação da Empresa na Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23.

²⁵ Franco, Vera Helena de Mello; Sztajn, Rachel. Falência e Recuperação da Empresa em Crise. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 275.

Para o crescimento sustentável de uma empresa, é necessário que todos seus setores estejam trabalhando em harmonia, de forma que todos os componentes desta engrenagem estejam ativos e funcionando em seu ritmo ideal.

Deste modo, passa a ser de interesse da sociedade o incentivo e a manutenção das atividades empresariais, de forma a proteger tudo que está envolvido na realização deste complexo dinâmico, seja maquinário, capital, know-how, estabelecimento, etc.

Neste sentido ainda, devemos analisar as prerrogativas necessárias para que seja possível, em virtude da função social, a manutenção da integridade desses bens de produção frente a direitos de terceiros.

Alguns doutrinadores afirmam não ser o controle da atividade equivalente à Propriedade sobre os Bens de Produção. Isso porque a partir do momento que dinamizados e organizados, estes bens passam a integrar e a pertencer à Empresa, restando aos sócios a propriedade sobre as cotas e a fruição do poder de controle delas originado.

Fabio Konder Comparato afirma que não se pode falar em propriedade da empresa, pois esta não compreende apenas bens, mas também homens²⁶.

O doutrinador continua a lição:

O reconhecimento claro e conseqüente de que o controle empresarial não é propriedade implica uma verdadeira revolução copernicana no estatuto da empresa, que passa de objeto a sujeito de direito. Com essa substituição de centro de gravidade, é o empresário que deve servir à empresa, e não o contrário.[...]

[...] em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.²⁷

A função social da empresa se baseia na idéia de que toda a coletividade usufrui dos benefícios oriundos da atividade empresária, seja por meio de vagas para trabalho, pelos serviços prestados, pelos impostos gerados para o governo, etc.

²⁶ Comparato, Fabio Konder. O Poder de controle na Sociedade Anônima. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 93, *apud* Filho, Tullo Cavallazzi. A Função Social Da Empresa e seu Fundamento Constitucional. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 118.

²⁷ Comparato, Fabio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. Comparato, Fabio Konder. Direito Empresarial – Estudos e Pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995, p.34, *apud* Filho, Tullo Cavallazzi. A Função Social Da Empresa e seu Fundamento Constitucional. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 84

Assim, sendo vista a partir da perspectiva do bem comum, a propriedade privada não é um privilégio, mas sim um serviço, no sentido de que o proprietário deve cumprir com suas obrigações fiscais, trabalhistas e sociais.

Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn destacam ser este o entendimento de Oscar Barreto Filho e Geraldo de Camargo Vidigal, sendo que cabe citar explanação das autoras a respeito da lição deste último:

O autor nesse sentido define a função social como um poder-dever de organizar, explorar e dispor...,contudo, quando reconhece no estudo do Direito de organização dos mercados... a disciplina dos agentes privados no exercício de atividades privadas, inspiradas no interesse coletivo..., assinalando como essenciais à consecução dos objetivos do desenvolvimento e do bem-estar a realização de objetivos meios, como... o pleno emprego, a escala de produção, as condições para competir, a repartição de rendas sociais..., não parece afastar o empresário do dever de colaborar com esses objetivos.²⁸

José Diniz Moraes destaca que:

[...] quando a interdependência social aumenta e determinados interesses, até então compreendidos apenas na esfera individual, são guindados à condição de interesse coletivo, e muitos outros instrumentos apresentam-se idôneos a satisfazer a indispensável função individual, passam a concorrer com a propriedade e até a desprezá-la, a propriedade e o contrato perdem seu colorido individualístico e tomam um publicístico.²⁹

Em um raciocínio voltado para a manutenção da atividade empresarial, Carlos Roberto Claro defende a análise do comportamento do devedor, antes de deferir o processamento da recuperação judicial, em toda a sua existência, cabendo a este demonstrar que sempre cumpriu com suas obrigações e que a crise não foi em decorrência de atos equivocados de sua administração, mas sim do contexto econômico local, nacional ou internacional³⁰.

Portanto, seria interessante que o magistrado procedesse na verificação do valor que a empresa possui junto à sociedade, de modo a valorar sua função social, no sentido

²⁸ Franco, Vera Helena de Mello; Sztajn, Rachel. Falência e Recuperação da Empresa em Crise. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Pag. 280

²⁹ Moraes, José Diniz. A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Malheiros, 1999. p. 88, *apud* Filho, Tullo Cavallazzi. A Função Social Da Empresa e seu Fundamento Constitucional. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 103.

³⁰ Claro, Carlos Roberto. Recuperação Judicial: Sustentabilidade e Função Social da Empresa. São Paulo: LTr, 2009, p. 210.

de ter ela cumprido com suas obrigações legais, possuir conduta idônea, utilizar mão-de-obra humana e empregar tecnologia atualizada, dentre outros.

Além disso, podemos fazer um paralelo com o direito imobiliário, no qual é possível a renovação compulsória de aluguel do imóvel em que funcione estabelecimento comercial com considerável valor social, com a intenção de proteger o interesse da sociedade, que se beneficia dos serviços ofertados pela empresa.

Ainda, tomando por análise uma empresa inserida numa cadeia de produção inter-empresarial, temos outro ponto importante para reforçar a idéia da Função Social dos bens de produção, conquanto uma forte interferência na integridade de qualquer dos elos da cadeia produtiva poderia comprometer o resultado final e até mesmo abalar a economia regional³¹.

Neste sentido, também devemos destacar a importância e a complexidade que a empresa assume depois de dinamizada e devidamente organizada, devendo ser considerado, para fins de arbitramento de seu valor e importância social, o know-how do empresário, a tradição da marca no mercado, etc.

Cabe citar apontamento de Tullo Cavallazzi Filho:

Deu-se este proposital destaque ao estabelecimento empresarial à figura do aviamento, justamente para demonstrar que a abrangência dos Bens de Produção atinge também os denominados intangíveis da atividade empresarial, bastando, para tanto, que estejam dinamizados e em consonância com a dinamização da Propriedade Empresarial.³²

Diante disso, a conclusão a que se chega é que a leitura da Propriedade deve ser feita pelas duas vertentes aqui já abordadas, quais sejam, a do direito subjetivo, que, do ponto de vista estático, impõe respeito às faculdades de seu proprietário, e a do ponto de vista dinâmico, que a insere no contexto da iniciativa econômica, impondo-lhe igualmente obrigações em prol da Sociedade, fazendo surgir e justificar sua Função Social.³³

Pode-se dizer que hoje a Propriedade Privada conceitua-se como uma situação jurídica subjetiva complexa, compreensiva de poderes, faculdades, deveres jurídicos, obrigações, encargos e limitações.

Ou seja, a propriedade privada dotada de função social deixa de ser um direito individual puro, pois é necessário que cumpra com sua função perante a sociedade.

³¹ Comparato, Fabio Konder. A Reforma da Empresa. Direito Empresarial – Estudos e Pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 15, *apud* Filho, Tullo Cavallazzi. A Função Social Da Empresa e seu Fundamento Constitucional. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 88.

³² Filho, Tullo Cavallazzi. A Função Social Da Empresa e seu Fundamento Constitucional. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 81

³³ *Ibidem*, p. 82.

Neste sentido, Ecio Perin Junior vai além ao afirmar que, na perspectiva do bem comum, a propriedade jamais será um privilégio, mas sim um serviço.³⁴

Em sentido contrário, Paulo Cassio Nicolellis entende que nem todas empresas exercem função social, sendo que esta é apenas uma faculdade àquelas:

A primeira delas diz respeito à possibilidade da empresa ser **obrigada** a desempenhar uma função social. Ora, dentro do regime capitalista, exercer ou não uma função social é mera opção da empresa. Seu objetivo primordial é a captação do lucro, enquanto o Estado tem o dever de promover os direitos sociais. Portanto, a contribuição da empresa moderna para a efetivação dos direitos sociais, destinando uma parte dos seus recursos para a implementação de um serviço destinado a comunidade é, pois, **voluntária**. Trata-se de auxiliar o Estado na realização das suas políticas sociais, flagrantemente ineficientes, auxílio esse que pode vir tanto das pessoas jurídicas como físicas, defluindo daí a essência da chamada responsabilidade social. A responsabilidade social, de outro lado, não é sinônima de filantropia, mas representa a sua evolução ao longo do tempo. Enquanto a filantropia trata das ações de benemerência da empresa por meio de participações em campanhas isoladas ou doações aleatórias para instituições sociais, o conceito de responsabilidade social possui maior envergadura.³⁵

Podemos concluir que ao mesmo tempo em que a empresa tem o dever para a sociedade de produção de bens, contribuição com impostos e geração de postos de trabalho, é necessário, para que cumpra com sua finalidade, que ela tenha garantida a integridade de seus bens e de seu funcionamento.

Assim, para possibilitar a recuperação judicial de empresas, é necessário que seja impossibilitada a penhora, e posterior alienação, dos bens envolvidos na cadeia de produção, porquanto sejam essenciais para a manutenção da atividade da empresa, ou seja, possuem função social.

³⁴ Perin Junior, Ecio. Preservação da Empresa na Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25.

³⁵ Paulo Cassio Nicolellis, Responsabilidade social da empresa – Questões atuais. In http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=43657, *apud* Franco, Vera Helena de Mello; Sztajn, Rachel. Falência e Recuperação da Empresa em Crise. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 285.

3. A RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS NAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS

3.1. Direito Americano

A legislação americana foi criada em 1978, o Bankruptcy Code, e trata da reorganização de empresas em seu *Chapter 11*, que se dá mediante a apresentação de um plano.

Na década de 80, Rubens Requião consignou que a nova lei americana teria o inconveniente de ser aplicada somente a grandes empresas, especialmente sociedades anônimas.

Entretanto, o que aconteceu foi o contrário, pois a nova lei inovou ao expandir sua abrangência, sendo que qualquer pessoa que possa preencher um pedido de liquidação pode se submeter ao procedimento de reorganização judicial.

Neste sentido, Ecio Perin Junior entende que a legislação possui enorme flexibilidade, podendo ser facilmente adaptada tanto para a tabacaria da esquina quanto para a grande corporação transnacional³⁶.

O autor ainda consigna que, na verdade, a nossa legislação foi criada apenas para a recuperação de empresas de grande porte, devido ao elevado custo para a convocação da Assembléia Geral de Credores e manutenção do administrador judicial especializado, além da abrangência apenas de credores quirografários pela recuperação judicial para micro e pequenas empresas, dentre outros motivos.

Diferente do direito brasileiro, o direito norte-americano outorga maiores poderes aos juízes, que possuem discricionariedade para analisar o conteúdo dos planos apresentados e conceder ou não a recuperação, por mais que os credores tenham decidido em sentido contrário na assembléia.

O § 1.112 (b) permite que, em nome do melhor interesse dos credores e do Estado, o tribunal rejeite um plano iniciado com base no *Chapter 11* ou o converta em um processo regido pelo *Chapter 7* (que trata dos processos de falência).

Este dispositivo ainda elenca dez motivos para rejeitar uma reorganização ou convertê-la em liquidação. A razão mais comum para rejeição ou conversão do plano é o

³⁶ Perin Junior, Ecio. Preservação da Empresa na Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56.

patrimônio do devedor sofrer perdas constantes e não haver uma perspectiva razoável de recuperação.

No entanto, a ocorrência de um dos motivos elencados no dispositivo não acarreta necessariamente em rejeição do processo de reorganização ou a conversão em liquidação, pois os tribunais possuem margem de discricionariedade para decidir.

Além disso, o § 1.129 do *Bankruptcy Code* apresenta uma lista de requisitos para que o plano de recuperação aprovado pelos credores seja confirmado pelo tribunal.

Um desses requisitos é a obrigatoriedade de o plano passar no teste denominado *best-interest-of-creditors*. A idéia é que os credores percebam ou retenham sob o plano um valor que não seja inferior ao que receberiam ou reteriam no caso de liquidação da empresa.

Esse dispositivo visa, principalmente, proteger os credores dissidentes de uma classe que tenha aprovado o plano. Isso porque a reorganização pode, em detrimento do interesse de uma minoria, prever o desfavorecimento (com redução superior de seu crédito, por exemplo) de uma parcela de credores sem força de decisão dentro de sua classe.

Ainda, o plano deve conceder tratamento especial aos possuidores de créditos prioritários, a menos que estes desistam de tal tratamento. A reorganização também deve ser *feasible*, o que significa que a aprovação do plano não será seguida de liquidação (a não ser que esteja previsto no próprio plano) nem será necessária nova reorganização.

Para o caso de haver uma classe que não aprove o plano, a lei prevê o *cram down*, que se trata de conceder a reorganização mesmo que nem todas as classes a apóiem, sendo que para tanto são necessários alguns requisitos.

Um deles é que não haja discriminação injusta (*does not discriminate unfairly*) e seja justo e equitativo (*is fair and equitable*) com relação a cada classe de crédito que não o tenha aprovado³⁷.

Dessa forma, para aprovação do plano em que uma das classes o tenha rejeitado, é necessário que os interesses desses credores dissidentes estejam protegidos. Há que se diferenciar a idéia de discriminação injusta do principio de *best-interest-of-creditors*, pois este protege os interesses dos credores dissidentes (minoritários) dentro de uma classe que aprovou o plano, enquanto que aquele atua apenas no caso de rejeição do plano por uma classe, no sentido de proteger o interesse dos dissidentes em geral.

³⁷ Batista, Carolina Soares João e outros (03). A prevalência da vontade da assembléia-geral de credores em questão: o *cram down* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes. Revista de direito mercantil, São Paulo, v. 147, p. 202-242, jul./set. 2007, p. 233/234

Entretanto, a legislação americana não define o que seja *unfair discrimination*, sendo que os juízes se encarregaram fazê-lo. A interpretação mais disseminada é no sentido de se tratar de relações horizontais (credores com as mesmas preferências), ou seja, estes credores devem receber seus créditos ao mesmo tempo e na mesma proporção.

Quanto ao termo *fair and equitable* o código apresenta detalhados requisitos, sendo que basicamente a idéia é não permitir que a hierarquia das classes seja desrespeitada, ou seja, que uma classe com prioridade inferior receba pagamentos antes de classes com prioridade superior.

Existe, também, a *absolute priority rule*, verificada apenas em casos de *cram down*, segundo a qual nenhum credor de classe com prioridade inferior à classe dissidente pode receber qualquer valor antes que esta seja integralmente paga.

Deve ficar claro que a *unfair discrimination* e a *fair and equitable* não são regras absolutas de ordem pública. Portanto, se todos os credores (os maiores interessados) concordarem, a autonomia de vontade prevalece e o plano pode conter disposições discriminatórias e injustas.

Quanto ao procedimento da recuperação judicial americana, cabe citar alguns pontos importantes:

- largo espaço para acordos entre devedor e credores;
- divisão de credores em classes conforme seus interesses e tratamentos diferenciados a cada classe criada;
- concessão de uma série de favores aos empresários insolventes, chamado na lei de *fresh start*;
- o mecanismo do *cram down*.

Assim como na nova lei brasileira, a legislação americana também prevê, pela chamada *automatic stay*, a suspensão das ações e execuções em curso contra o devedor. No entanto, caso se verifique que o credor não possui bens suficientes para satisfazer os créditos com garantia real, o juiz pode suspender a *automatic stay*, de modo a possibilitar que os credores pleiteiem seus direitos em juízo normalmente³⁸.

Retomadas as ações e execuções contra a empresa, caso o devedor consiga realizar pagamentos periódicos aos credores, demonstrando sua boa-fé objetiva, resta

³⁸ Perin Junior, Ecio. Preservação da Empresa na Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60.

caracterizado o chamado *adequate protection*, sendo que o juiz pode, nestas circunstâncias, tornar ineficaz o pedido de suspensão da *automatic stay*.

Deste modo, fica claro que no direito americano o juiz deve analisar o conteúdo do plano de reorganização tanto em caso de aprovação pelas classes quanto ao utilizar o *cram down*, possuindo discricionariedade para discordar da decisão dos credores.

Ainda, percebe-se que o legislador americano tratou de criar princípios e normas que possam nortear as decisões a respeito do plano apresentado, no sentido de proteger os credores minoritários e os dissidentes.

3.2. O Direito Chileno

Assim como o Brasil, o Chile inspirou-se na legislação americana no momento de elaboração de sua Lei de Quebras, publicada em 1982.

Carlos Roberto Claro acredita ser pertinente a análise do direito falimentar chileno em virtude da consistência econômica que o país vive desde a década de 1970³⁹.

A lei nº 18.175/82 concede liberdade a devedor e credor deliberarem na busca de uma composição, com discreta participação do Estado, como bem demonstra seu art. 178, nº 6, que dispõe poderem as proposições de convênio versar sobre qualquer objeto⁴⁰.

Uma das principais características do direito falimentar chileno, e o que o torna especial em relação aos demais, é a existência da “Superintendência de Quebras”, organismo público com o objetivo de supervisionar e controlar a atuação dos síndicos. A Superintendência é sujeita à fiscalização da Controladoria Geral da República do Chile.

Além disso, para atuar como síndico, o interessado deve comprovar experiência qualificada na área econômica, comercial ou jurídica de pelo menos três anos.

A recuperação da empresa pode ser judicial ou extrajudicial. Nesta última, cabe ao devedor firmar acordo com os credores, que devem aprovar de forma unânime a proposta apresentada, podendo, inclusive, ser acordado que haverá intervenção de um síndico.

³⁹ Claro, Carlos Roberto. *Recuperação Judicial: Sustentabilidade e Função Social da Empresa*. LTr: São Paulo, 2009. p. 143.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 145.

No âmbito judicial, existe a recuperação preventiva, requerida antes de qualquer pedido de quebra, e a simplesmente judicial, requerida no decorrer do processo de pedido de falência. O plano apresentado deverá ser aprovado pela junta de credores.

A lei chilena é muito semelhante à lei brasileira, sendo necessário, para a imposição do plano de recuperação aos credores, que haja a aprovação de pelo menos três quartos dos titulares habilitados, possibilidade oposição de impugnações pelos dissidentes à proposta apresentada.

Carlos Roberto Claro ainda consigna em sua obra que seria interessante ao Brasil adotar algumas idéias utilizadas no direito falimentar Chileno, pois aquela lei está dando resultados positivos e cada vez menos são retirados empresários do mercado⁴¹.

3.3. O Direito Francês

Primeiramente, cabe destacar a intenção da legislação francesa em recuperar apenas as empresas viáveis, sendo que as empresas economicamente desinteressantes devem ser excluídas do mercado.

A França reformou sua lei de falências e recuperação de empresas nos anos de 1984 e 1985, sendo que as maiores mudanças foram as seguintes: prevenção das dificuldades das empresas; institutos extrajudiciais para prevenir e resolver essas dificuldades; e procedimentos judiciais para recuperação e liquidação das empresas.

A Lei nº 84-148 regula a prevenção das dificuldades por meio de informações sobre as atividades empresariais e de concessão de financiamentos.

Essa lei também prevê a emissão de valores mobiliários, possibilitando o aumento de capital, sendo que os adquirentes possuem diversos benefícios de incentivo para aquisição, como reembolso prioritário.

Existe, ainda, o “regulamento amigável”, previsto na mesma lei, semelhante à recuperação extrajudicial brasileira, que é realizado mediante acordo entre o devedor e seus credores, restando sujeitos aos termos do acordado apenas os credores que aderirem.

⁴¹ Claro, Carlos Roberto. Recuperação Judicial: Sustentabilidade e Função Social da Empresa. LTr: São Paulo, 2009. p. 180.

Além disso, a lei instituiu um procedimento coletivo extrajudicial, no qual o Presidente do Tribunal do Comércio designa um conciliador, que deve negociar condições mais favoráveis de pagamento com os principais credores.

Já a recuperação judicial é tratada na lei 85-98, buscando, principalmente, a continuação da atividade empresarial e conseqüente manutenção dos postos de trabalho em detrimento dos direitos dos credores.

Essa foi uma inovação paradigmática, rompendo com as orientações anteriores. No entanto, não logrou êxito em alcançar seus objetivos, pois 90% dos processos de recuperação terminavam em falência, de forma que em 1994 foi promulgada nova lei (nº 94-475), com o intuito de reformar a antiga legislação⁴².

A nova lei fundamenta-se, basicamente, em três pontos:

- reforço dos meios de prevenção, com maior simplificação e racionalização do procedimento;
- tutela reforçada dos direitos dos credores;
- moralização dos planos de recuperação e alienação das empresas.

Para tanto, essa legislação procura distinguir de plano a empresa em crise em: insolvente, passível de saneamento e preventivamente recuperável (sem fazer uso do desgastante procedimento de recuperação judicial, utilizando apenas práticas preventivas).

O Estado possui importante papel na reorganização das empresas, por meio da concessão de incentivos, empréstimos e remissão de dívidas.

Na prática, em se tratando de grandes empresas em crise, a recuperação não ocorre no âmbito judicial, sendo que a renegociação ocorre diretamente com os órgãos do poder público, cabendo ao judiciário apenas os casos de empresas de menor importância.

3.4. O Direito Inglês

A Inglaterra promulgou a *Insolvency Act* em 1986, contemplando diversos procedimentos concursais, havendo distinção na aplicação para empresário individual e sociedade empresária.

⁴² Cretella Neto, José. Nova lei de falências e recuperação de empresas: lei nº 11.101/05, de 09.02.2005. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.15.

O direito inglês procura flexibilizar o procedimento da recuperação, por meio de diversos institutos primordialmente flexíveis, para facilitar a continuação da atividade e manutenção dos empregos.

Os principais procedimentos são⁴³:

a) *Informal moratorium*: trata-se de procedimento bastante semelhante à recuperação extrajudicial brasileira, que consiste na realização de acordo fora do âmbito judicial, com a finalidade de outorgar ao devedor dilação dos prazos de pagamentos ou remissão parcial dos créditos. Os credores quirografários são os maiores beneficiários, pois seus créditos devem ser integralmente satisfeitos.

No entanto, assim como no direito brasileiro, apenas se submetem aos efeitos do plano de recuperação os credores que aderirem ao acordo, de forma que os excluídos podem reivindicar seus direitos normalmente. Ou seja, caso não ocorra adesão maciça dos credores, pode restar inviabilizada a recuperação do devedor, diante do prosseguimento de execuções individuais.

b) *Unofficial receivership*: instituto bastante flexível, que consiste, basicamente, na nomeação de um especialista em finanças que, sob a fiscalização dos credores, analisará a escrituração contábil da empresa e deverá informar a real situação econômica do devedor em crise.

Este tipo de recuperação não encontra semelhante no direito brasileiro. No entanto, por não ser taxativo o rol de modalidades de reorganização elencadas no art. 50 da Lei 11.101/05, o sistema pode ser adotado caso devedor e credores entrem em acordo neste sentido.

c) *Informal reconstruction scheme*: trata-se, basicamente, da transferência de bens, contratos e postos de trabalho do devedor em recuperação, para outra empresa, sendo que visa, principalmente, a eficiência econômica, pois essa transferência com certeza será realizada mediante considerável depreciação de mercado.

Este método é previsto também na lei de 2005, chamado de alienação de Unidade Produtiva Isolada, um dos tipos de recuperação exemplificados no art. 50 da lei.

d) *The London approach*: consiste em procedimento extrajudicial cuja característica principal é a intervenção do Banco Central de Londres. É utilizado principalmente nas grandes empresas e quando existem grandes credores (como instituições

⁴³ Perin Junior, Ecio. Preservação da Empresa na Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66/67.

financeiras). Para evitar a perda de confiança da clientela, as negociações se desenvolvem informalmente e de forma confidencial.

Essa modalidade de recuperação não encontra amparo na lei pátria nem seria passível de implementação, tendo em vista não ser possível a intervenção do Banco Central do Brasil na reorganização das empresas em crise.

Basicamente, a lei inglesa procura proteger tanto os interesses do devedor quanto dos credores. Para a proteção destes últimos, foi criada a figura do *insolvency practitioner*, um profissional especializado em matéria concursal. Caso estejam envolvidos créditos com garantia real, o profissional intervirá no procedimento por meio da *receivership*. Não havendo tais créditos, a intervenção ocorrerá através da *administration*.

Cabe ao *insolvency practitioner* atuar com máxima diligência para conservação da empresa, devendo proceder, inclusive, na elaboração do plano de recuperação e convocação dos credores, no prazo de três meses. Os credores também poderão, ao longo do procedimento, elaborar e apresentar plano de recuperação alternativo, que deverá ser aprovado por maioria.

O procedimento do pedido de recuperação judicial inglês consiste, basicamente, nas seguintes etapas⁴⁴:

- o devedor, por meio de seu representante legal, requer em juízo a concessão do prazo de duas semanas de suspensão de todas as execuções em face da empresa;
- será nomeado, pelo devedor, um mediador (que deve ser especializado na área de falências e recuperação de empresas), que no prazo de duas semanas procederá na comunicação dos credores e na apresentação de proposta de pagamento dos créditos.
- no caso de recuperação judicial, o plano será elaborado pelos administradores da empresa em crise;
- com a comunicação da proposta de pagamento aos credores, o juiz ampliará a suspensão das execuções para quatro semanas, podendo ampliar, ainda, por mais duas;
- após, será convocada a assembléia de credores pelo mediador (que deverá comunicar ao juiz), ao qual caberá, também, presidi-la;
- para aprovação em assembléia, a proposta deve obter a concordância de mais da metade dos credores presentes. No entanto, todos os credores quirografários devem

⁴⁴ Perin Junior, Ecio. Preservação da Empresa na Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 68/69.

estar presentes. Os que não estiverem, não se submetem aos efeitos da suspensão, podendo tomar as medidas garantidoras de seus direitos;

- cabe ao mediador, ainda, assegurar a execução do acordo, supervisionando-a.

Concluindo, o direito inglês apresenta a reorganização do devedor em crise por meio de um acordo geral com todos os credores. No entanto, o procedimento é extremamente rigoroso e custoso, sendo utilizado, na prática, apenas por empresas de grande porte.

3.5. O Direito Alemão

A lei de insolvência alemã – *Insolvenzordnung* – prevê que a reorganização de empresas deve ocorrer por meio da apresentação de um plano recuperacional, elaborado pelo devedor ou pelo administrador da insolvência, aos credores.

O plano deve conter uma parte declaratória e uma parte constitutiva. A primeira deve descrever todas as medidas a serem tomadas após o início do procedimento para que sejam alcançados os resultados do plano e deve conter todas as informações pertinentes para aprovação do plano pelos credores e para homologação pelo juízo.

A parte constitutiva do plano deve especificar a alteração das posições jurídicas dos envolvidos a ser promovida pelo plano.

Ao contrário de nossa lei e da americana, a legislação alemã não prevê a separação dos credores em grupos. Essa distinção deve ser definida dentro do plano, que pode ou não aglomerar credores com interesses iguais no mesmo grupo. No entanto, uma vez agrupados, os credores pertencentes a mesma classe devem receber tratamento igual, a não ser que a distinção seja aprovado unanimemente dentro do grupo⁴⁵.

O direito alemão concede discricionariedade ao juiz para rejeitar o plano se verificar que ele não tem condições de ser cumprido ou ser aprovado pelos credores.

Uma vez aceito pelo juiz, o plano é submetido à apreciação dos credores. Para ser aprovado é necessário que em cada um dos grupos de credores: (i) a maioria dos

⁴⁵ Perin Junior, Ecio. Preservação da Empresa na Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70.

credores com direito a voto aceite o plano e (ii) a soma dos créditos daqueles que aceitam o plano seja superior à metade da soma dos créditos daqueles que têm direito a voto.

O direito concursal alemão também possui norma para superação de veto de uma das classes de credores. Trata-se da *Obstruktionsverbot* (proibição para obstruir).

Para que o plano seja aprovado por meio dessa regra, é necessário que os participantes do grupo dissidente não sofram perdas com relação à situação que seria por eles obtida na ausência do plano⁴⁶, que estes credores tenham, também, uma participação razoável no valor econômico a ser transferido aos participantes, de acordo com as condições gerais do plano e a maioria dos grupos votantes tenha aprovado o plano conforme a exigência legal.

A participação razoável, à qual a lei alemã faz referência, compreende os seguintes requisitos que o plano não pode prever: outro credor perceba valores superiores ao total de seu crédito; titulares de créditos com classificação inferior à dos dissidentes, o devedor ou os detentores de participação no capital do devedor recebam qualquer valor econômico; e outro titular de crédito que na ausência do plano ocuparia a mesma classificação dos dissidentes receba tratamento privilegiado com relação ao percebido por estes.

Além disso, o direito alemão determina que, caso o devedor não concorde com os termos do plano, essa oposição será irrelevante quando a sua situação, com a reorganização, não se torne presumivelmente pior do que àquela que existiria sem a realização do plano; e quando não estiver previsto a percepção, pelos credores, de valores econômicos superiores aos seus créditos.

O § 251 da *InsO* regulamenta, em proteção aos credores minoritários, que o credor prejudicado pode requerer ao juiz a rejeição do plano quando tenha se oposto a sua aprovação e com o implemento da reorganização sua situação seja pior que seria caso não houvesse o plano. Verificada essa situação, o juiz deve recusar-se a homologar o plano⁴⁷.

Talvez a maior preocupação do direito concursal alemão seja em proteger e dar tratamento igualitário aos credores, visto que um credor não pode receber menos que outro que esteja na mesma situação nem receber menos que receberia se o plano de reorganização não existisse.

3.6. O Direito Português

⁴⁶ Semelhante ao *best-interest-of-creditors* americano.

⁴⁷ Perin Junior, Ecio. *Preservação da Empresa na Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73.

O direito concursal português prevê a possibilidade de apresentação de um plano de insolvência, inspirado no direito alemão, que estabeleça a recuperação do empresário em crise, sendo que o plano pode ser proposto pelo devedor, pelo administrador da insolvência e pelos credores.

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas contém, em seu art. 207, taxativamente, os casos em que a proposta de reorganização não é admitida. Ou seja, o juiz deve fazer julgamento de mérito sobre o conteúdo do plano, mas apenas para controlar abusos na sua confecção. À semelhança do direito alemão, o plano deve tratar igualmente os credores em mesma situação, exceto quando concordarem em sentido contrário.

Durante as discussões a cerca do plano, pode haver alterações em seu conteúdo. Entretanto, no momento de votar a aprovação, os credores não podem fazer modificações. Para aprovação, é necessária a concordância de dois terços dos votos emitidos, sendo que ao menos um terço do total dos créditos votantes tenha estado presente na assembléia⁴⁸.

Uma vez aprovado o plano, o juiz somente pode se recusar a homologá-lo em caso de violação de regras procedimentais. O art. 216 ainda prevê que o plano pode não ser homologado pelo juiz caso o credor dissidente verifique situação menos favorável com a recuperação do que com a liquidação da empresa ou caso o plano proporcione a algum dos credores um valor superior ao de seus créditos originais.

Entretanto, o código português não prevê a implementação da reorganização caso o quórum para aprovação do plano não seja atingido.

Há algo semelhante ao *cram down* americano nos casos de insolvência de não empresário e titulares de pequenas empresas. Porém, o plano deve ser aprovado por todos os credores. Caso não se verifique tal aceitação, é possível seja imposto pelo juiz se aprovado por pelo menos dois terços dos credores e que os dissidentes: (i) não recebam menos que receberiam em caso de falência; (ii) não sejam discriminados injustamente; e (iii) que não existam dúvidas legítimas quanto a veracidade ou completude da relação de credores apresentada pelo devedor⁴⁹.

Como não há divisão de classes, não há exigência de que o plano seja *fair and equitable* para que o voto dos dissidentes possa ser suprido. Além disso, a relação dos

⁴⁸ Perin Junior, Ecio. Preservação da Empresa na Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.

⁴⁹ Batista, Carolina Soares João e outros (03). A prevalência da vontade da assembléia-geral de credores em questão: o *cram down* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes. Revista de direito mercantil, São Paulo, v. 147, p. 202-242, jul./set. 2007, p. 213.

credores apresentada pelo devedor deve ser completa e verdadeira, a fim de evitar fraudes, pois o plano de pagamento aos credores é apresentado logo no início do processo.

Desse modo, percebe-se que a lei portuguesa dá prioridade à vontade dos credores, permitindo o cram down apenas quando se tratar de insolvências de não empresário e de pequenas empresas.

4. PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

4.1. Requerimento e Concessão do Processamento da Recuperação Judicial

Para ajuizar o pedido de recuperação judicial, o devedor deve preencher os requisitos elencados pelos arts. 47 e 48 da Lei 11.101/05, ou seja, deve:

- a) se encontrar em crise econômico-financeira (esse conceito não é definido pela lei);
- b) estar exercendo regularmente suas atividades há mais de dois anos;
- c) atender de forma cumulativa os seguintes requisitos:
 - c.1) não ser falido e, se o foi, deve estar declarada extinta a sua responsabilidade, por sentença transitada em julgado;
 - c.2) não ter processado recuperação judicial nos últimos cinco anos;
 - c.3) não ter obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V do Capítulo III da Lei 11.101/05 nos últimos oito anos;
 - c.4) não ter sido condenado nem ter como administrador ou sócio controlador pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na Lei 11.101/05.

Além disso, conforme disposto no art. 51, a petição inicial deve estar instruída com:

- I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;
- II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:
 - a) balanço patrimonial;
 - b) demonstração de resultados acumulados;
 - c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
 - d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;
- III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;
- IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

- V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;
- VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;
- VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;
- VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;
- IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.⁵⁰

Preenchidos os requisitos, o juiz concede o processamento da recuperação judicial, restando suspensas as execuções contra o devedor⁵¹. Os credores com créditos líquidos devem proceder na habilitação desses valores, e os ilíquidos devem tramitar até a determinação exata do valor, para então habilitar o crédito⁵².

4.2. Habilitação de Créditos

Na petição inicial do pedido de recuperação judicial deve constar relação nominal dos credores do devedor, conforme disposto no art. 51, III, da Lei 11.101/05, e acima relacionado.

Esta relação deverá ser publicada em edital, conforme regulamenta o art. 52, § 1º, II⁵³, do mesmo diploma legal.

Com a publicação do referido edital, os credores cujos créditos já estiverem corretamente inclusos na relação apresentada pela recuperanda, tanto no valor quanto na categoria, não precisam proceder na habilitação de seus créditos, nem junto ao administrador judicial nem junto ao Poder Judiciário.

⁵⁰ Lei 11.101/05, art. 51.

⁵¹ Lei 11.101/05, art. 6º - A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

⁵² Lei 11.101/05, art. 6º, §1º - Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.

⁵³ Lei 11.101/05, art. 52, § 1º, II – a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito;

Os credores que não constem da relação ou que verifiquem divergências na lista, devem providenciar a habilitação/retificação de seus créditos junto ao administrador judicial, no prazo de 15 dias da publicação, conforme regulamentado pelo art. 7º, § 1º⁵⁴.

Cabe ao administrador judicial, munido dos livros contábeis, documentos fiscais e comerciais do devedor e documentos apresentados pelos credores, verificar as habilitações e as impugnações de créditos oferecidas pelos credores.

A análise aprofundada pelo administrador judicial do crédito a ser habilitado possui significativa importância, principalmente para evitar eventual fraude, conforme jurisprudência apontada por Cristiano Imhof:

Art. 7º e §2º da Lei n. 11.101/2005. Propósito do legislador. TJMG: ‘Referida norma tem por objetivo possibilitar o controle da legitimidade do crédito habilitante e evitar possíveis abusos e fraudes perpetradas entre o falido e terceiro, em verdadeiro conluio, sempre com o escopo de prejudicar a massa e os demais credores legítimos’ (Ap. Cível. N 1002406023747-6/002(1) rel. Des. Edilson Fernandes, j. 20.05.2008).⁵⁵

Quanto à data de atualização dos créditos, cumpre ressaltar a regra do art. 9º, II⁵⁶, que determina sejam todos os atualizados até a data do pedido de recuperação.

Efetuada a verificação dos créditos habilitados e impugnados pelo administrador judicial, este deverá publicar nova listagem de credores, na qual constarão os credores que não fizeram objeção à relação apresentada pelo devedor e os créditos que o administrador judicial entende serem devidos. Essa nova listagem de credores deverá ser publicada em edital no prazo de quarenta e cinco dias, a contar do final do prazo anterior (art. 7º, §1º).

Da publicação dessa nova relação de credores, abre-se prazo de dez dias para impugnações por credores, comitê de credores, devedor ou seus sócios e Ministério Público.

Essas impugnações devem ser processadas em incidente próprio, conforme regulado pelos artigos 13⁵⁷, 14⁵⁸ e 15⁵⁹.

⁵⁴ Lei 11.101/05, art. 7º, § 1º Publicado o edital previsto no art. 52, § 1º, ou no parágrafo único do art. 99 desta Lei, os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados.

⁵⁵ Imhof, Cristiano. Lei de Falências e de Recuperação de Empresas e sua Interpretação Jurisprudencial. São José: Conceito Editorial, 2009. P. 86

⁵⁶ Lei 11.101/05, art. 9º, II – o valor do crédito, atualizado até a data da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial, sua origem e classificação;

⁵⁷ Lei 11.101/05, art. 13. A impugnação será dirigida ao juiz por meio de petição, instruída com os documentos que tiver o impugnante, o qual indicará as provas consideradas necessárias.

Findada esta etapa, os créditos dos habilitantes podem tomar três rumos:

- a) Crédito sem qualquer impugnação será homologado pelo juiz na relação de credores;
- b) Crédito com impugnação parcial exige nova manifestação do credor no prazo de 5 dias (art. 11⁶⁰), oitiva do devedor e do Comitê de Credores no prazo comum de 5 dias (art. 12⁶¹), e intimação do administrador judicial para, no prazo de cinco dias apresentar seu parecer, junto com laudo pericial e todas informações que dispuser sobre o crédito em questão (art. 12, parágrafo único⁶²). Em que pese não estar expressamente disposto na lei a remessa da impugnação ao Ministério Público, seguindo o princípio de maior participação deste órgão judiciário, deve ser permitida a apreciação dos autos pelo *Parquet*, até mesmo para possibilitar que este proceda no exame de ocorrência de crimes falimentares, sendo este o entendimento de Cristiano Imhof⁶³. O processamento dessas impugnações se dará conforme regulado pelo art. 15.
- c) Os créditos impugnados pelos credores e que não foram alvos de restrições por nenhum dos titulares elencados no art. 12, *caput* e parágrafo único seguirão para decisão judicial.

Parágrafo único. Cada impugnação será autuada em separado, com os documentos a ela relativos, mas terão uma só autuação as diversas impugnações versando sobre o mesmo crédito.

⁵⁸ Lei 11.101/05, art. 14. Caso não haja impugnações, o juiz homologará, como quadro-geral de credores, a relação dos credores constante do edital de que trata o art. 7º, § 2º, desta Lei, dispensada a publicação de que trata o art. 18 desta Lei.

⁵⁹ Lei 11.101/05, art. 15. Transcorridos os prazos previstos nos arts. 11 e 12 desta Lei, os autos de impugnação serão conclusos ao juiz, que:

I – determinará a inclusão no quadro-geral de credores das habilitações de créditos não impugnadas, no valor constante da relação referida no § 2º do art. 7º desta Lei;

II – julgará as impugnações que entender suficientemente esclarecidas pelas alegações e provas apresentadas pelas partes, mencionando, de cada crédito, o valor e a classificação;

III – fixará, em cada uma das restantes impugnações, os aspectos controvertidos e decidirá as questões processuais pendentes;

IV – determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

⁶⁰ Lei 11.101/05, art. 11. Os credores cujos créditos forem impugnados serão intimados para contestar a impugnação, no prazo de 5 (cinco) dias, juntando os documentos que tiverem e indicando outras provas que repute necessárias.

⁶¹ Lei 11.101/05, art. 12. Transcorrido o prazo do art. 11 desta Lei, o devedor e o Comitê, se houver, serão intimados pelo juiz para se manifestar sobre ela no prazo comum de 5 (cinco) dias.

⁶² Lei 11.101/05, art. 12, parágrafo único. Findo o prazo a que se refere o **caput** deste artigo, o administrador judicial será intimado pelo juiz para emitir parecer no prazo de 5 (cinco) dias, devendo juntar à sua manifestação o laudo elaborado pelo profissional ou empresa especializada, se for o caso, e todas as informações existentes nos livros fiscais e demais documentos do devedor acerca do crédito, constante ou não da relação de credores, objeto da impugnação.

⁶³ Imhof, Cristiano. Lei de Falências e de Recuperação de Empresas e sua Interpretação Jurisprudencial – Anotado Artigo por Artigo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 85.

Com a decisão do magistrado a respeito da impugnação, cabe ainda agravo de instrumento, conforme regula o art. 17⁶⁴ da Lei 11.101/05.

Em casos de proximidade da assembléia geral de credores, o relator do agravo poderá conceder efeito suspensivo à decisão, ou até mesmo determinar a inscrição ou modificação do crédito no quadro geral de credores, para fins de votação na assembléia (art. 17, parágrafo único⁶⁵ da Lei de Recuperação de Empresas).

O prazo de que trata o art. 7, § 1º não é preclusivo, sendo que os credores podem proceder na habilitação de seus créditos enquanto o processo não estiver encerrado, porém, sem as garantias da habilitação tempestiva.

Julgadas todas as habilitações e impugnações, cabe ao administrador judicial consolidar o quadro geral de credores, que deverá ser homologado pelo juiz e publicado em edital no prazo de cinco dias.

4.3. Plano de Recuperação Judicial

O plano de recuperação terá que ser apresentado dentro do prazo improrrogável de sessenta dias, contados da publicação do edital que trata o art. 51, § 1º⁶⁶, da Lei 11.101/05, sob pena de convalidação em falência.

Por meio deste exíguo prazo o legislador pretendeu dar maior celeridade ao processamento da recuperação, no intuito de evitar o desdém com o programa do pedido de concordata que ocorria na vigência do Decreto-lei 7.661/45.

No entanto, o prazo acabou sendo curto demais para a elaboração e apresentação de um plano concreto de reorganização da empresa. Diante disso, a jurisprudência abrandou o prazo para apresentação do plano, possibilitando sua prorrogação por mais sessenta dias.

⁶⁴ Lei 11.101/05, art. 17. Da decisão judicial sobre a impugnação caberá agravo.

⁶⁵ Lei 11.101/05, art. 17, parágrafo único. Recebido o agravo, o relator poderá conceder efeito suspensivo à decisão que reconhece o crédito ou determinar a inscrição ou modificação do seu valor ou classificação no quadro-geral de credores, para fins de exercício de direito de voto em assembléia-geral.

⁶⁶ Lei 11.101/05, art. 51, § 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterá:

I – o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial;

II – a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito;

III – a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.

Com a apresentação do plano, será publicado edital fixando prazo de 30 dias para manifestação de eventuais objeções, conforme regula o parágrafo único do art. 53⁶⁷ da Lei 11.101/05.

Versa o art. 56, §1º, do mesmo diploma legal, que havendo objeções ao plano apresentado, deve ser prontamente convocada a assembléia geral de credores pelo juiz, para deliberar sobre a proposta do devedor.

Cabe ressaltar entendimento de Carlos Roberto Claro, no sentido de que, havendo impugnações ao plano apresentado, não deve ser convocada prontamente a assembléia de credores, como determina a lei⁶⁸.

O autor defende que, antes o juiz deve fazer análise do mérito das impugnações apresentadas, pois estas podem versar sobre ponto específico da proposta do devedor, podendo ser, portanto, facilmente contornável, sem necessidade de convocação dos demais credores.

A idéia apresentada pelo autor é condizente com o princípio de celeridade do processo de recuperação judicial, tendo em vista possibilitar a supressão da etapa de deliberação em assembléia geral de credores, procedimento custoso e bastante demorado, pois o devedor deve encontrar local para sua realização e convocar os credores, o que acaba por retardar o processo judicial.

4.4. Da Demonstração de Viabilidade Econômica

Conforme regulamentado pelo art. 53 da nova lei, juntamente com o plano de recuperação deve ser demonstrada a viabilidade econômica da empresa. No entanto, o legislador deixou de definir o seu conceito, cabendo à doutrina firmar entendimento a este respeito.

Jorge Lobo entende que, em que pese a necessidade de rentabilidade (pois a empresa deficitária está condenada ao fracasso), e o critério econômico da liquidez (tendo em vista a cessação dos pagamentos por longo tempo acarrete em falência), o princípio norteador

⁶⁷ Lei 11.101/05, art. 53, Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei.

⁶⁸ ⁶⁸ Claro, Carlos Roberto. Recuperação Judicial: Sustentabilidade e Função Social da Empresa. LTr: São Paulo, 2009, p. 158.

da recuperação da empresa é a sua viabilidade, que é uma noção jurídica complexa, sem correspondente nas Ciências Econômicas nem nas Ciências das Finanças⁶⁹.

O que se pretende é que seja demonstrado, de alguma forma, os motivos pelos quais se acredita que a empresa seja recuperável, sendo que caberá ao magistrado fazer juízo de valor das soluções elencadas.

Deve ser demonstrado, segundo o mesmo autor prospecção global da empresa e de sua capacidade de crescimento, representada, principalmente, por alguns bens intangíveis:

capital reputacional, responsabilidade social, envolvimento dos empregados e prestadores de serviço no projeto de reestruturação, confiança de antigos e novos fornecedores e financiadores, apoio dos consumidores e das autoridades públicas, respeito aos princípios de governança corporativa etc.⁷⁰

O envolvimento dos empregados na recuperação da empresa não é de difícil obtenção, basta que a empresa tenha mínima política de valorização do trabalhador e que não deixe de honrar com suas obrigações trabalhistas, pois dificilmente o empregado vai preferir arriscar-se no mercado de trabalho a ficar estabilizado em uma empresa com essas características.

Note-se, também, que, caso a empresa não deixe de honrar com as obrigações supervenientes ao processamento da recuperação judicial, com certeza contará com o apoio de diversos fornecedores, que preferirão manter um bom parceiro de negócios (mesmo sem perspectiva de pagamento do crédito arrolado na lista de credores) a se degladiarem no concurso de credores de uma falência, pelo qual dificilmente receberão qualquer quantia.

Jorge Lobo ainda cita o exemplo da Parmalat na Itália que, após a prisão de seus controladores e a segmentação do setor financeiro do setor industrial, com o apoio do governo e do povo italiano, em esforço de salvação da empresa, visualizou expressivo aumento de suas vendas⁷¹.

O doutrinador ainda cita três distintas situações que entende existir, quanto à recuperação de empresas: a) a salvação da empresa; b) a prevenção das dificuldades momentâneas da empresa e c) a reorganização da empresa.

⁶⁹ Toledo, Paulo F. C. Salles de; Abrão, Carlos Henrique. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 160/161.

⁷⁰ *ibidem*, p. 160/161.

⁷¹ *ibidem*, p. 173.

Quanto à salvação da empresa, esta deve se dar no caso de empresa com relevante interesse público e social na sua conservação, sendo que cabe ao Poder Público, através de mecanismos especiais de financiamentos e de políticas fiscais e de crédito, o dever de socorrer a empresa em crise.

Nesses casos, o autor entende que deve ser criada disciplina legal especial para a recuperação dessas empresas, que deve ser amparada nos seguintes princípios e fundamentos:

- a) a reestruturação econômica, financeira, técnica, tecnológica e gerencial deve ser priorizada, ainda que em detrimento dos interesses dos credores;
- b) a solução dos problemas da empresa não deve ser norteadada por razões jurídico-processuais, mas sim por razões de ordem econômica e social;
- c) as normas reguladoras da reorganização devem inspirar-se nos cânones da Justiça Distributiva e do Direito Público;
- d) o Direito Comercial deve ser utilizado conjuntamente com medidas diversas de administração pública da economia como meio de recuperação da empresa;
- e) devem ser previstos procedimentos administrativos, extrajudiciais e processos judiciais na reorganização, conforme diagnóstico elaborado para a solução da crise.

Ainda, o autor elenca diversas medidas a serem tomadas pelo Poder Público no socorro de empresas com relevante interesse público e social:

- a) interferência direta do Estado na gestão da empresa;
- b) concessão de créditos oficiais especiais;
- c) implementação de programas especiais e medidas excepcionais para determinadas empresas.

Além disso, o autor registra que, em diversos países, essas empresas são socorridas por meio de:

- a) linhas de crédito a médio e longo prazo, concedidas por instituições financeiras públicas;
- b) oferecimento de garantias, pelo Estado, aos bancos privados para que financiem as empresas deficitárias, formando, assim, um consórcio entre bancos e Estado;
- c) estatização de empresas;
- d) leis especiais de auxílio, quando a empresa se torna única ou prioritária fornecedora dos órgãos públicos;
- e) criação, pelo Estado, de companhias para reorganizar, sanear, salvar e desenvolver a empresa que, após a recuperação, será oferecida ao mercado público em leilão.

Na prevenção das dificuldades momentâneas da empresa, principalmente no sentido de crise financeira, a recuperação se dá por meio da prorrogação dos prazos para pagamento das dívidas e remissão de dívidas. O autor destaca a nova lei espanhola, que ordena a suspensão das execuções, interrupção de prescrição e de juros e proibição de compensação.

4.5. A Assembléia Geral de Credores

A Assembléia Geral de Credores é uma das inovações da Lei 11.101/05. Não se trata, no entanto, de instituto completamente novo ao direito falimentar e recuperatório, pois estava previsto no Decreto-Lei 7.661/45 nos artigos 122⁷² e 123⁷³, para deliberação na falência a respeito da forma de realização do ativo da massa falida.

Com a entrada da nova lei em vigor, esse órgão se transformou radicalmente, ganhando novas e importantes atribuições, principalmente no sentido de dar

⁷² Decreto-Lei 7.661/45. Art. 122. Credores que representem mais de um quarto do passivo habilitado, podem requerer ao juiz a convocação de assembléia que delibere em termos precisos sobre o modo de realização do ativo, desde que não contrários ao disposto na presente lei, e sem prejuízo dos atos já praticados pelo síndico na forma dos artigos anteriores, sustando-se o prosseguimento da liquidação ou o decurso de prazos até a deliberação final.

1º A convocação dos credores será feita por edital, mandado publicar pelo síndico, com a antecedência de oito dias, e do qual constarão lugar, dia e hora designados.

2º Na assembléia, a que deve estar presente o síndico, o juiz presidirá os trabalhos, cabendo-lhe vetar as deliberações dos credores contrários às disposições desta lei.

3º As deliberações serão tomadas por maioria calculada sobre a importância dos créditos dos credores presentes. No caso de empate, prevalecerá a decisão do grupo que reunir maior número de credores.

4º Nas deliberações relativas ao patrimônio social, somente tomarão parte os credores sociais; nas que se relacionarem com o patrimônio individual de cada sócio, concorrerão os respectivos credores particulares e os credores sociais.

5º Do ocorrido na assembléia, o escrivão lavrará ata que conterá o nome dos presentes e será assinada pelo juiz. Os credores assinarão lista de presença que, com a ata, será junta aos autos da falência.

⁷³ Decreto-Lei 7.661/45. Art. 123. Qualquer outra forma de liquidação do ativo pode ser autorizada por credores que representem dois terços dos créditos.

1º Podem ditos credores organizar sociedade para continuação do negócio do falido, ou autorizar o síndico a ceder o ativo a terceiro.

2º O ativo somente pode ser alienado, seja qual for a forma de liquidação aceita, por preços nunca inferiores aos da avaliação, feita nos termos do parágrafo 2º do artigo 70.

3º A deliberação dos credores pode ser tomada em assembléia, que se realizará com observância das disposições do artigo anterior, exceto a do parágrafo 3º; pode ainda ser reduzida a instrumento, público ou particular, caso em que será publicado aviso para ciência dos credores que não assinaram o instrumento, os quais, no prazo de cinco dias, podem impugnar a deliberação da maioria.

4º A deliberação dos credores dependem de homologação do juiz e da decisão cabe agravo de instrumento, aplicando-se ao caso o disposto no parágrafo único do artigo 17.

5º Se a forma de liquidação adotada for de sociedade organizada pelos credores, os dissidentes serão pagos, pela maioria, em dinheiro, na base do preço da avaliação dos bens, deduzidas as importâncias correspondentes aos encargos e dívidas da massa.

maior participação aos credores no processo de quebra e de recuperação (especialmente neste último).

Este novo órgão foi feito à luz das assembleias de quotistas e de acionistas das sociedades limitada e anônima. Portanto, em diversos pontos os institutos se tocam e podem ser utilizados em analogia e para suprir eventuais lacunas.

Todavia, deve haver um cuidado especial para que a Assembleia-Geral de Credores não seja desvirtuada nem utilizada de forma equivocada, pois o tempo e as diligências necessárias para a sua realização (sem se falar nos custos) vão de encontro à necessidade de celeridade do processo de recuperação judicial, em função da situação de crise econômico-financeira do devedor.

Deste modo, é incumbência do Poder Judiciário e dos interessados zelarem pela utilização da assembleia geral de credores de forma eficiente, atentando para o fato de que os requisitos formais de ambos são garantias e não devem ser interpretadas e empregadas de maneira a conduzir a sua inoperância ou lentidão.

4.5.1. Formalidades na Convocação da Assembleia-Geral de Credores

Aqui deve se atentar para os legitimados em convocar a assembleia geral de credores. Basicamente, conforme regula o art. 36 da Lei 11.101/05, trata-se do juiz da recuperação, do comitê de credores, de credores que representem no mínimo 25% do valor total de uma classe e do administrador judicial.

Parte da doutrina divide a legitimidade para convocação em ordinária e extraordinária. A primeira faz referência à pessoa ou ao grupo que tem obrigação legal de convocar a assembleia.

Quando não se trata de obrigatoriedade de convocação, mas sim em faculdade, considera-se legitimidade extraordinária. Neste caso se encaixam o comitê de credores, o administrador judicial e credores que representem no mínimo 25% do valor total de uma classe.

Conforme regulamenta o referido dispositivo, deve ser publicado edital no órgão oficial de imprensa da comarca na qual se processa o pedido de recuperação judicial e em jornais de grande circulação nas cidades da sede e filiais do devedor, com antecedência mínima de quinze dias da realização da assembleia.

Ainda, o edital deve conter informações sobre o local, a data e hora da assembléia em primeira e em segunda convocação, que não pode ser realizada menos de cinco dias depois da primeira. Deve conter, também, a ordem do dia, ou seja, a enumeração taxativa dos assuntos a serem abordados no evento.

Além disso, deve ser informado o local no qual os credores poderão obter cópia do plano de recuperação judicial que será submetido à apreciação, se for o caso.

No caso de apresentação do plano com posterior impugnação, a realização da assembléia não poderá exceder o prazo de cento e cinquenta dias, contados a partir do despacho judicial que admite o processamento do pedido do devedor, conforme dispõe o art. 56 da Lei 11.101/05.

Eduardo Goulart Pimenta entende que, em virtude da semelhança da assembléia da nova lei com as assembléias referentes às sociedades limitadas e anônimas, não há óbice à realização e validade da assembléia geral de credores na qual não tenha havido convocação, mas que tenham comparecidos todos os credores, como possibilita o legislador no art. 124, § 4º, da Lei 6.404/76 e art. 1.072, § 2º⁷⁴, do Código Civil⁷⁵.

O autor vai além ao não ver empecilho na aplicação, por analogia, das demais hipóteses de supressão das formalidades na convocação elencadas a assembléia de quotistas: manifestação escrita de todos os sócios declarando-se cientes do local, data, hora e ordem do dia ou pela decisão por escrito de todos os sócios sobre as matérias que seriam objeto da assembléia – art. 1.072, §§ 2º e 3º⁷⁶, do Código Civil.

Isso porque obstando a supressão das referidas formalidades se estaria negando a possibilidade dos interessados em acelerar e reduzir os custos do processo de recuperação judicial.

4.5.2. Formalidades de Instalação da Assembléia-Geral de Credores

⁷⁴ Lei 10.406. art. 1.072, § 2º. Dispensam-se as formalidades de convocação previstas no § 3º do art. 1.152, quando todos os sócios comparecerem ou se declararem, por escrito, cientes do local, data, hora e ordem do dia.

⁷⁵ Pimenta, Eduardo Goulart. Recuperação de Empresas. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

⁷⁶ Lei 10.406. art. 1.072, § 3º. A reunião ou a assembléia tornam-se dispensáveis quando todos os sócios decidirem, por escrito, sobre a matéria que seria objeto delas.

Conforme regulamenta o art. 37, § 2º, da Lei 11.101/05, é necessária a presença de credores que representem pelo menos metade dos créditos de cada classe para instalação da assembléia em primeira convocação.

Antes de iniciar a reunião, cabe ao administrador judicial averiguar quais credores estão presentes e se estão devidamente representados. Caso os credores trabalhistas estejam pessoalmente presentes, assim como os representantes legais das pessoas jurídicas (portando documento suficientemente probatório), são dispensadas demais diligências.

Para fins de representação em assembléia geral de credores, é necessário seja enviado, com pelo menos 24 horas de antecedência, o instrumento de mandato ao administrador judicial, não necessariamente o original.

No momento do cadastramento dos credores para a assembléia, é necessário que o representante apresente ao administrador o documento original, juntamente com a última alteração contratual/ata de assembléia da empresa representada, se for o caso.

É possível, também, que o sindicato represente seus associados, no caso desses serem credores da classe trabalhista, por meio da regra estabelecida no art. 37, §§ 5º⁷⁷ e 6º⁷⁸, da Lei de Recuperação de Empresas.

4.5.3. Legitimidade para Votar na Assembléia-Geral de Credores

Dispõe o art. 39⁷⁹ da Lei 11.101/05 que possuem direito a voto na assembléia aqueles credores arrolados no quadro-geral de credores de que trata o art. 18⁸⁰ do mesmo diploma legal.

⁷⁷ Lei 11.101/05, art. 37, § 5º. Os sindicatos de trabalhadores poderão representar seus associados titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho que não comparecerem, pessoalmente ou por procurador, à assembléia.

⁷⁸ Lei 11.101/05, art. 37, § 6º. Para exercer a prerrogativa prevista no § 5º deste artigo, o sindicato deverá:

⁷⁹ Lei 11.101/05, art. 39. Terão direito a voto na assembléia-geral as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial na forma do art. 7º, § 2º, desta Lei, ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor nos termos dos arts. 51, incisos III e IV do **caput**, 99, inciso III do **caput**, ou 105, inciso II do **caput**, desta Lei, acrescidas, em qualquer caso, das que estejam habilitadas na data da realização da assembléia ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive as que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei.

⁸⁰ Lei 11.101/05, art. 18. O administrador judicial será responsável pela consolidação do quadro-geral de credores, a ser homologado pelo juiz, com base na relação dos credores a que se refere o art. 7º, § 2º, desta Lei e nas decisões proferidas nas impugnações oferecidas.

No entanto, é normal que a assembléia-geral de credores ocorra antes que seja possível a consolidação desta relação. Neste caso, é tomada por base a relação apresentada pelo administrador judicial, conforme estabelece o art. 7º, § 2º⁸¹ da nova lei.

Na prática, o normal é que seja realizada a assembléia com base na relação apresentada pelo devedor quando do pedido de recuperação judicial, pois os prazos estabelecidos pela lei são exíguos e os credores são pouco diligentes na habilitação de seus créditos, sendo que um quadro-geral de credores apresentado dentro do prazo estaria desatualizado já no próximo mês (em função do ajuizamento de novas habilitações/impugnações de crédito).

Cabe citar trecho de jurisprudência relacionada por Cristiano Imhof:

Há, como se verifica, uma sequência lógica prevista na LRF, na outorga do direito de voto na assembléia-geral, que deverá ser exercido com base no valor do crédito de cada credor apontado – 1º) no quadro-geral de credores, 2º) não havendo ainda o quadro-geral, considera-se o valor da relação de credores elaborada pelo Administrador Judicial; 3º) não tendo, ainda, sido elaborada a relação do art. 7º, §2º, deve ser considerado o valor do crédito constante da relação apresentada pelo próprio devedor na recuperação judicial ou na falência.⁸²

Os credores que não constam da lista apresentada pelo devedor ou que não tenham procedido na habilitação de seus créditos até a consolidação do quadro-geral de credores, podem participar da assembléia, em caso de decisão judicial superveniente que julgue habilitado o valor, porém, sem direito a voto.

Há que se ressaltar a regra do art. 40⁸³ da Lei 11.101/05, que impossibilita a suspensão ou adiamento da assembléia em função de discussão a respeito da existência, quantificação ou classificação de créditos.

A assembléia será presidida pelo administrador judicial, que escolherá, dentre os credores, um secretário para elaborar a ata da reunião. Na prática, normalmente a ata é elaborada por alguém do escritório do administrador judicial, a não ser que haja alguma objeção por parte dos credores.

⁸¹ Lei 11.101/05, art. 7º, § 2º. O administrador judicial, com base nas informações e documentos colhidos na forma do **caput** e do § 1º deste artigo, fará publicar edital contendo a relação de credores no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado do fim do prazo do § 1º deste artigo, devendo indicar o local, o horário e o prazo comum em que as pessoas indicadas no art. 8º desta Lei terão acesso aos documentos que fundamentaram a elaboração dessa relação.

⁸² Imhof, Cristiano. Lei de Falências e de Recuperação de Empresas e sua Interpretação Jurisprudencial. São José: Conceito Editorial, 2009, p. 143.

⁸³ Lei 11.101/05, art. 40. Não será deferido provimento liminar, de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela, para a suspensão ou adiamento da assembléia-geral de credores em razão de pendência de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de créditos.

Caso a assembléia verse sobre o afastamento do administrador ou sobre matéria conflitante aos interesses deste, presidirá o credor, dentre os presentes, que possua o crédito de maior valor.

Em não havendo credores suficientes para instalação da assembléia, conforme parâmetro estabelecido pelo art. 37, § 2º, do referido diploma legal, ficará impossibilitada a realização da assembléia em primeira convocação. Para a segunda convocação, a ser realizada em data pré-agendada para cinco dias após a primeira, não há quorum mínimo para instalação.

4.5.4. Deliberação na Assembléia-Geral de Credores

Devidamente instalada e verificados os credores com direito a voto, a assembléia está apta a deliberar sobre as questões de sua competência elencadas na ordem do dia.

Para fins de deliberação, os credores são organizados e votam conforme disposto no art. 41 da Lei 11.101/05, da seguinte forma:

I – Titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente do trabalho.

Há que se ressaltar três pontos nesta categoria. Em primeiro lugar, não se encaixam aqui os créditos relativos a honorários advocatícios, em função do disposto no art. 24 do Estatuto da OAB, segundo o qual estes possuem privilegio geral na falência, sendo que, por analogia, encaixam-se na mesma categoria no processo de recuperação judicial. Não é outro o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁸⁴.

Em que pese a limitação estabelecida aos créditos trabalhistas pelo art. 83 da nova lei, de que o valor excedente a cento e cinquenta salários

⁸⁴ “APELAÇÃO CÍVEL. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRÉDITO PRIVILEGIADO GERAL. A despeito da controvérsia instaurada em torno da efetiva natureza jurídica dos honorários advocatícios para efeitos de concurso de credores - se verba trabalhista, alimentar, etc., o próprio Estatuto da Advocacia finda por eliminá-la no seu art. 24 ao dispor que a decisão judicial que arbitrar honorários constitui crédito privilegiado no concurso de credores. Descabido, portanto, classificar os honorários advocatícios como crédito preferencial, assemelhando-o a crédito trabalhista, seja por caráter alimentar, seja por analogia aos créditos extraconcursais em sede falimentar. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível nº 70024193245, Sexta Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, j. em 12.06.2008)”

mínimos é classificado como quirografário, para deliberação em assembléia esta regra não se aplica, sendo que os trabalhistas votam com a integralidade de seu crédito.

Por fim, dentro desta classe a votação é feita por cabeça, não importando o valor dos créditos.

II – Titulares de créditos com garantia real.

As modalidades de garantia são estipuladas pelo Código Civil, tratando-se de penhor (arts. 1431 a 1472), hipoteca (arts. 1473 a 1505), anticrese (arts. 1506 a 1510) e propriedade fiduciária (arts. 1361 a 1368).

No entanto, a propriedade fiduciária não se submete aos efeitos da recuperação judicial, conforme disposto no Decreto-Lei 911/69 e no art. 39, § 1º⁸⁵, da Lei 11.101/05, não tendo, portanto, direito a participar da assembléia.

Aqui cabe citar a existência de divergências na doutrina brasileira, pois alguns autores entendem que referidos créditos não se submetem de forma alguma aos efeitos da recuperação judicial, conforme defendido por Fábio Ulhoa Coelho⁸⁶.

Finalizando, a anticrese praticamente não é utilizada, não cabendo, deste modo, maiores considerações a respeito desta garantia.

Diante disso, entram nesta categoria os créditos pignoratícios e hipotecários, sendo que os credores votam nessa classe até o limite do valor do bem gravado pelo ônus real, como dispõe o art. 41, § 2º.

III – Titulares de créditos quirografários, com privilegio especial, com privilegio geral ou subordinados.

Créditos com privilégio especial e geral são aqueles elencados nos arts. 964⁸⁷ e 965⁸⁸ do Código Civil, respectivamente, lembrando que aqui se enquadram os honorários advocatícios.

⁸⁵ Lei 11.101/05, art. 39, § 1º. Não terão direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quorum de instalação e de deliberação os titulares de créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei.

⁸⁶ Coelho, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁸⁷ Lei, art. 964. Têm privilégio especial:

I - sobre a coisa arrecadada e liquidada, o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação;

II - sobre a coisa salva, o credor por despesas de salvamento;

III - sobre a coisa beneficiada, o credor por benfeitorias necessárias ou úteis;

Créditos quirografários são os abrangidos pelas demais categorias. Os subordinados são a última categoria antes dos direitos dos sócios, sendo que a única modalidade expressamente disciplinada em lei é a das debêntures subordinadas. No entanto, cabe destacar que algumas jurisprudências entendem se encaixar nesta categoria também as multas contratuais.

Nas deliberações em assembléia, a lei distingue a forma de aprovação do plano de recuperação, composição do comitê de credores e forma alternativa de realização do ativo dos demais temas.

Tratando-se de escolha dos representantes de cada classe para o Comitê de Credores, somente os membros da respectiva classe podem votar.

As deliberações a respeito do plano de recuperação serão analisadas adiante, em capítulo próprio.

4.5.5. Competência da Assembléia-Geral de Credores

A principal atribuição da assembléia é poder aprovar, rejeitar ou modificar o plano de recuperação proposto pelo devedor.

Além disso, é de sua competência versar sobre todos os assuntos que possam direta ou indiretamente afetar o interesse dos credores, até mesmo assuntos que tratem

IV - sobre os prédios rústicos ou urbanos, fábricas, oficinas, ou quaisquer outras construções, o credor de materiais, dinheiro, ou serviços para a sua edificação, reconstrução, ou melhoramento;

V - sobre os frutos agrícolas, o credor por sementes, instrumentos e serviços à cultura, ou à colheita;

VI - sobre as alfaias e utensílios de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos, o credor de aluguéis, quanto às prestações do ano corrente e do anterior;

VII - sobre os exemplares da obra existente na massa do editor, o autor dela, ou seus legítimos representantes, pelo crédito fundado contra aquele no contrato da edição;

VIII - sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, e precipuamente a quaisquer outros créditos, ainda que reais, o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários.

⁸⁸ Lei ,art. 965. Goza de privilégio geral, na ordem seguinte, sobre os bens do devedor:

I - o crédito por despesa de seu funeral, feito segundo a condição do morto e o costume do lugar;

II - o crédito por custas judiciais, ou por despesas com a arrecadação e liquidação da massa;

III - o crédito por despesas com o luto do cônjuge sobrevivente e dos filhos do devedor falecido, se foram moderadas;

IV - o crédito por despesas com a doença de que faleceu o devedor, no semestre anterior à sua morte;

V - o crédito pelos gastos necessários à manutenção do devedor falecido e sua família, no trimestre anterior ao falecimento;

VI - o crédito pelos impostos devidos à Fazenda Pública, no ano corrente e no anterior;

VII - o crédito pelos salários dos empregados do serviço doméstico do devedor, nos seus derradeiros seis meses de vida;

VIII - os demais créditos de privilégio geral.

da administração da empresa, alteração da personalidade jurídica ou dos sócios da empresa, porquanto estas decisões possam influir na capacidade pagadora do empresário em recuperação.

A lei aponta, especificamente, que cabe à assembléia geral de credores, na recuperação judicial, deliberar sobre:

- aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;
- constituição do Comitê de Credores, bem como a escolha de seus membros e respectiva substituição;
- pedido de desistência da recuperação judicial efetuado pelo devedor;
- a indicação do gestor judicial, em caso de afastamento do administrador da empresa;
- qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.

Analisando a competência conferida pela lei à assembléia geral de credores, constatamos a possibilidade de conflito de competência com a assembléia geral de acionistas.

Por exemplo, pode acontecer de ser decidido na assembléia geral de credores que haverá cisão da sociedade, com posterior alienação da nova empresa.

Segundo a Lei das Sociedades Anônimas, a competência para decidir a respeito de cisão e outras medidas é estrita da assembléia de acionistas. Neste caso, não entendendo esta última pela cisão da sociedade, qual decisão deve prevalecer?

Tendo em vista o princípio da função social da empresa e o fato de a Lei 11.101/05 ser voltada para o interesse social da sociedade, Eduardo Goulart Pimenta entende que a decisão da assembléia geral de credores deve se sobrepor a deliberação da assembléia de acionistas⁸⁹.

Corroborando o entendimento de prevalência da reorganização empresarial em detrimento dos direitos dos sócios acionistas, Fábio Ulhoa Coelho⁹⁰ defende que, em caso de realização de assembléia de acionistas para deliberar a respeito de pedido de recuperação judicial, na qual tenha sido decidido pelo não ajuizamento do pedido, os sócios minoritários podem, sozinhos, ajuizar e ver deferido o processamento da recuperação.

⁸⁹ Pimenta, Eduardo Goulart. Recuperação de Empresas. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

⁹⁰ Coelho, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Saraiva, 2005.

5. APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

5.1. Aprovação com Anuência de Todos os Credores

Uma vez apresentado o plano de recuperação judicial pela empresa, deve ser publicado edital de aviso aos credores, comunicando sobre o recebimento do plano e fixando o prazo para eventuais objeções, caso a relação de credores de que trata o art. 7º, §2º tenha sido publicada.

Se referida lista ainda não tenha sido disponibilizada, o prazo para impugnações dos credores a respeito do plano apresentado passa a contar desta publicação.

Não havendo impugnações ao plano apresentado, a recuperação judicial será concedida pelo juiz com base no art. 58, *caput*, da Lei 11.101/05.

5.2. Aprovação do Plano em Assembléia-Geral de Credores

No caso de apresentação do plano de recuperação com posterior impugnação, será convocada a assembléia geral de credores, conforme já visto.

Cumpridas as exigências de instalação da assembléia, a votação se dará dentro dos parâmetros estabelecidos pelo art. 45 da Lei 11.101/05.

Segundo este dispositivo, todas as classes devem aprovar a proposta, sendo que nas classes definidas pelos incisos II e III do art. 41, do mesmo diploma legal, o plano deverá ser aprovado por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos destas categorias, presentes na assembléia, além de, cumulativamente, pela maioria simples do número de credores presentes.

Na categoria dos credores trabalhistas (art. 41, I, da nova lei), a votação se dá por cabeça, ou seja, independe do valor do crédito de cada um, sendo necessária aprovação por maioria simples dos credores presentes.

Os credores que não tiveram o valor de seus créditos e as condições originais de pagamento alterados pelo plano apresentado não terão direito a voto nem serão considerados para fins de verificação de quorum na assembléia.

Aprovado o plano nestas condições em assembléia, resta ao juiz apenas homologar a recuperação judicial, não podendo ele interferir nem ir de encontro ao decidido pelos credores. Entretanto, conforme será analisado adiante, alguns doutrinadores entendem que o juiz tem o dever de sempre analisar a existência de algum impedimento jurídico, para só então, em caso negativo, aprovar o plano de recuperação.

5.3. Aprovação do Plano pelo *Cram Down*

A lei possibilita a aprovação do plano sem a adesão de todas as categorias de credores, conforme regulamenta o art. 58, § 1º da Lei de Recuperação de Empresas. Para tanto, é necessário preencher os requisitos elencados nos incisos I, II e III do referido dispositivo, transcritos *in verbis*:

- I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;
- II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;
- III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.⁹¹

Ainda, deve ser observada a regra do §2º do mesmo artigo, segundo a qual a aprovação do plano não poderá resultar em tratamento diferenciado entre os credores da classe que o rejeitou.

Como foi visto, a legislação brasileira buscou amparo no direito norte-americano, sendo que esse dispositivo foi criado à luz do *cram down* do *Bankruptcy Code*. No entanto, a norma da nova lei é demasiadamente inflexível, sendo necessário o preenchimento de requisitos objetivos sem análise do caso concreto, de forma a assemelhar-se com o instituto da concordata.

Com isso, a imposição do plano de recuperação no direito pátrio fica restrita a casos excepcionais, que logram êxito em preencher as exigências da nova lei, sem que isso reflita, necessariamente, em garantia dos direitos dos credores ou em primazia da autonomia

⁹¹ Lei 11.101/05, art. 58, §1º.

de vontade, ou seja, sem que necessariamente se obtenha a solução mais justa ao caso concreto.

Diante disso, se passará à análise da pertinência das exigências do referido dispositivo e sua interpretação prática pelos magistrados brasileiros, buscando a supressão destes requisitos objetivos. Ainda, será estudada a aplicação de normas do direito norte-americano na justiça brasileira, tendo em vista a existência de pontos obscuros e lacunosos na nova lei.

5.3.1. Necessidade de Outorga de Maiores Poderes ao Juiz

A doutrina jurídica nunca foi uniforme quanto aos poderes e discricionariedade que o juiz deve possuir ao aplicar e interpretar as normas legais.

Muitos entendem que o juiz é mero aplicador da legislação, apenas a “boca da lei”, não cabendo a ele interpretar e valorar os dispositivos legais.

No entanto, não é essa a doutrina dominante no Brasil, até mesmo porque não poderia ser, principalmente em virtude das falhas e lacunas existentes em nossas legislações, como podemos ver, por exemplo, no requisito abusivo do art. 51 da nova lei, ao dispor ser necessário, para a concessão do processamento da recuperação judicial, certidão de negativa de débitos fiscais.

Ora, as obrigações fiscais são as primeiras a serem deixadas de lado quando as empresas se encontram em crise, até mesmo por não se submeterem à legislação falimentar e recuperacional, ou seja, não será decretada a falência da empresa em função de débitos fiscais.

Caso a jurisprudência não interferisse no sentido de retirar a exigência de que as empresas estejam em dia com seus tributos para o processamento da recuperação judicial, a reorganização de empresas pela Lei 11.101/05 seria simplesmente inviável, sendo que os dispositivos que tratam deste tema deixariam de ter sentido e aplicação.

Portanto, no Brasil ao menos, o juiz não pode se limitar a apenas aplicar a lei de maneira estrita, sob pena de perda de seu objeto.

Não é outro o entendimento de Jorge Lobo:

É curial que, ao exercer os poderes de caráter jurisdicional, instrumental ou administrativo, o juiz não é um órgão passivo, mero homologador das decisões da assembléia geral ou comitê de credores ou do administrador judicial, pois, ao ordenar o processamento da ação, proferir despachos, decisões e sentenças, superintender a administração da empresa em crise, enfim, presidir o processo de recuperação, deve fazê-lo com tirocínio, competência e plena liberdade, formando sua convicção, seu ‘livre convencimento’, de acordo com as provas dos autos, ciente de que seus atos estão sujeitos a recurso de agravo.⁹²

Neste sentido, Trajano de Miranda Valverde, ao comentar a atuação do magistrado quando do processo falimentar pelo Decreto-Lei 7.661/45, ensinou que a este cabe vetar as resoluções dos credores contrárias às prescrições legais, sendo que muitos poucos usam deste poder, mesmo quando flagrante violação da lei.

No plano do direito recuperacional, Carlos Roberto Claro argumenta a respeito da necessidade de análise do conteúdo do plano apresentado por parte do juiz, sob pena de verificarmos novamente a concessão objetiva de um favor legal ao devedor, assim como acontecia com as concordatas, por meio do Decreto-Lei 7.661/45⁹³.

Portanto, o juiz possui discricionariedade e deve sempre exercer o controle da legalidade formal (legitimidade ativa, preenchimento dos requisitos do art. 48 da Lei 11.101/05, formalidades na convocação da assembléia geral de credores) e o controle de legalidade material ou substancial (verificação de eventual fraude ou abuso de direito, convenções contrárias à lei, à moral ou aos bons costumes, etc).

Além disso, não pode ser deixado de lado o ensinamento dos autores Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa ao tecerem comentários sobre o art. 126 do Código de Processo Civil⁹⁴:

Art. 126: Ia. ‘A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças’ (RSTJ 4/1.554 e STJ-RT 656/188). No mesmo sentido: RSTJ 28/312.

‘A interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil. (...) Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando ‘contra legem’, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum’ (Min. Sálvio de Figueiredo, em RSTJ 26/378; a citação é da p. 384).

⁹² Toledo, Paulo F. C. Salles de; Abrão, Carlos Henrique. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121/122.

⁹³ Claro, Carlos Roberto. Recuperação Judicial: Sustentabilidade e Função Social da Empresa. São Paulo: LTr, 2009, p. 209 e 219.

⁹⁴ Lei 5.869/73. art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Art. 126: lb. ‘A interpretação meramente literal deve ceder passo quando colidente com outros métodos exegéticos de maior robustez e cientificidade” (RSTJ 56/152).⁹⁵

Diante disso, cabe perfazer análise dos ordenamentos jurídicos estrangeiros – americano, alemão e português – que prevêem a possibilidade de rejeição do plano pelo juiz em determinados casos.

A lei americana, por exemplo, concede poder ao juiz rejeitar o plano antes mesmo de submetê-lo à apreciação dos credores, caso não o considere viável. Já o direito alemão e português prevêem que o plano pode ser rejeitado pelo juiz quando este o considerar manifestamente inexecutível ou quando entender que sua aprovação pelos credores seja muito improvável.

Portanto, podemos concluir que as referidas legislações exigem que o juiz faça uma análise, ainda que superficial, sobre a viabilidade de aceitação do plano ou de sua aplicação.

O único dispositivo na lei brasileira que se assemelha às disposições estrangeiras é a exigência do art. 53, II, segundo o qual o plano deve conter a “demonstração de sua viabilidade econômica”.

Carolina Soares João Batista e outros (3) entendem que cabem três distintas interpretações deste dispositivo:

(i) o juiz procede a uma análise exclusivamente formal para verificar se consta uma descrição visando a demonstrar a viabilidade econômica do plano; (ii) o juiz, mediante uma análise superficial, verifica se o plano não é manifestamente inexecutível; (iii) o juiz deve se convencer de que o plano é economicamente viável.⁹⁶

O objetivo de rejeitar um plano aprovado por meio do art. 45 da nova lei é de proteger os credores minoritários que tenham votado pela rejeição da recuperação mas que, por serem minoria, viram o plano ser aprovado por todas as classes.

No direito estrangeiro, a proteção aos credores dissidentes das classes que aprovaram o plano é feita através da regra do *best-interest-of-creditors* (segundo a qual os credores devem verificar na recuperação a mesma quantia que perceberiam em caso de

⁹⁵ Negrão, Theotonio; Gouvêa, José Roberto F. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 262.

⁹⁶ Batista, Carolina Soares João e outros (03). A prevalência da vontade da assembléia-geral de credores em questão: o *cram down* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes. Revista de direito mercantil, São Paulo, v. 147, p. 202-242, jul./set. 2007.

falência) e pela proibição de tratamento diferenciado entre credores participantes da mesma classe.

Como visto, o direito brasileiro não contém norma de proteção aos credores minoritários, no caso de aprovação do plano por todas as classes. Deste modo, cabe estudar a adequação das normas estrangeiras ao direito brasileiro, para suprir as deficiências da nova lei.

Uma vez aprovado o plano em assembléia, abrem-se duas hipóteses: (a) o juiz não possui poder algum para analisar o conteúdo da deliberação dos credores, sendo obrigado a homologá-la; (b) outorgar discricionariedade ao juiz para que possa valorar o conteúdo do plano proposto, possibilitando sua recusa se o magistrado considerá-lo inadequado.

A primeira hipótese não concede nenhum tipo de garantia aos credores minoritários, sendo que o juiz apenas pode recusar o plano aprovado caso este não preencha os requisitos formais necessários, analisando apenas se a empresa pode se submeter ao processo de recuperação judicial (conforme parâmetros do art. 48 da Lei 11.101/05) e se o pedido foi instruído com todos os documentos necessários (elencados no art. 51 do mesmo diploma legal). Cumpridos esses requisitos pelo devedor, ao juiz não cabe outra opção que não seja a homologação do plano, sendo sua incumbência apenas verificar a regularidade formal do processo.

Na segunda hipótese é outorgada ampla e desmedida atuação do juiz que, sem parâmetros pré-estabelecidos pela lei, poderia homologar o plano ou não, conforme seu entendimento geral. Neste caso fica latente a insegurança jurídica que resultaria do excesso de poder concedido ao juiz.

Portanto, as duas hipóteses mostram-se impróprias. A primeira porque não está de acordo com os princípios da nova lei, elencados no art. 47⁹⁷ da Lei 11.101/05. Enquanto que na segunda são outorgados poderes em demasia ao juiz, de modo que reinaria a insegurança jurídica no direito de recuperação de empresas.

A melhor opção é o meio termo das duas hipóteses acima descritas: outorga de certa discricionariedade ao juiz, que deverá seguir parâmetros pré-estabelecidos para que não seja homologado um plano aprovado pelos credores.

Portanto, passaremos a análise individual das regras pertinentes existentes no direito estrangeiro, de modo a verificar maneiras de limitar o poder do magistrado e ao

⁹⁷ Lei 11.101/05, art. 47. 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.

mesmo tempo lhe outorgar a discricionariedade necessária para evitar práticas contrárias aos princípios que regem a nova lei.

Cabe registrar que, ao mesmo tempo que o estudo de regras estrangeiras de proteção aos credores servem para reprovar o plano, servem para nortear a aplicação do *cram down*, conforme será destacado adiante.

5.3.1.1. A *Fair and Equitable Rule*

No direito estrangeiro, alemão e americano, essa regra é utilizada para evitar que uma classe menos favorecida perceba valores antes que uma classe com maiores privilégios. É utilizada, também, para que os créditos de classes superiores não recebam quantias superiores ao valor de seus créditos.

Essa idéia não foi importada pelo legislador brasileiro, de forma que a lei possui lacunas que permitem a existência de disposições que contrariem alguns dispositivos da lei.

Carolina Soares João Batista e outros (3) apresentam exemplo esclarecedor:

Um exemplo dessa conclusão pode ser obtido da possível situação existente na apresentação de um plano de recuperação que preveja o pagamento integral da classe de credores com garantia e de credores quirografários e o diminuto adimplemento dos créditos trabalhistas e decorrentes de acidente de trabalho. Caso a homologação do plano seja obtida mediante o *cram down*, ou seja, superando-se o veto dessa última classe de credores, chegar-se-á à situação em que os credores trabalhistas perderão direitos (de forma limitada no termos do art. 54 da LRE), muito embora tenham rejeitado a proposta do devedor⁹⁸.

A lição dos autores continua:

“De fato, a LRE não contém nenhuma previsão quanto à observância da regra de classificação dos créditos dentro da recuperação judicial. Tal estipulação apenas é encontrada no que diz respeito à classificação dos créditos para os fins da falência. Isso significa que o plano de recuperação

⁹⁸ Batista, Carolina Soares João e outros (03). A prevalência da vontade da assembléia-geral de credores em questão: o *cram down* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes. Revista de direito mercantil, São Paulo, v. 147, p. 202-242, jul./set. 2007.

pode estabelecer mudanças na ordem de pagamento, tal qual o exemplo supra indicado”⁹⁹.

Realmente a lei brasileira não estipula uma ordem necessária no pagamento aos credores inseridos na classe III, do art. 41 da Lei 11.101/05. Tal fato se torna temerário na medida em que permite que todos recebam ao mesmo tempo. Cabe ressaltar que no regime falimentar os créditos dessa categoria são divididos em classes distintas.

Podemos pensar no caso de essa classe ser formada, num processo de recuperação judicial, por um credor com crédito referente a honorários advocatícios (dotado de privilégio geral) e por um banco (crédito quirografário, sem privilégios).

A discrepância fica nítida ao atribuímos, hipoteticamente, os valores de R\$ 1.000,00 (um mil reais) aos honorários advocatícios e de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) ao crédito bancário (que normalmente gravitam nessa média).

Deste modo, no caso de rateio na proporção de 10%, o primeiro receberá R\$ 100,00 (cem reais), enquanto que o segundo perceberá o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), sendo que o credor de honorários advocatícios receberia uma quantia ínfima de seu crédito, na comparação com o valor percebido pelo banco.

Ou seja, um crédito que teria preferência no pagamento com relação aos créditos quirografários no caso de falência, na recuperação judicial receberia quantia ínfima, enquanto que o credor bancário perceberia quantia razoável, sendo que no regime falimentar passaria a receber valores apenas depois de integralmente quitada a classe V do art. 83 do referido diploma legal (na qual se encaixam os honorários advocatícios).

Nos casos em que o plano é aprovado por meio do art. 45 da nova lei, aparentemente parece não haver problemas com essa lacuna existente. Entretanto, existindo veto de uma classe ao plano, essa lacuna abre espaço a disposições nocivas aos interesses dos credores dissidentes, sendo imprescindível a utilização da regra de *fair and equitable* para proteção dos credores.

Carolina Soares João Batista e outros (3) entendem que a ausência dessa norma é a maior falha do legislador brasileiro ao importar a regra do *cram down*. Acreditam que a intenção tenha sido a de substituir as exigências da *fair and equitable* pela necessidade de diversos quóruns para a imposição do plano à classe dissidente¹⁰⁰.

⁹⁹ *ibidem*.

¹⁰⁰ Batista, Carolina Soares João e outros (03). A prevalência da vontade da assembléia-geral de credores em questão: o *cram down* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes. Revista de direito mercantil, São Paulo, v. 147, p. 202-242, jul./set. 2007.

Entretanto, a rigidez da regra brasileira acaba por não possibilitar a implementação do plano em diversas ocasiões, sem nem ao menos possibilitar análise de conteúdo e da viabilidade do plano.

Além disso, o art. 58, § 1º, da Lei 11.101/05 não oferece proteção suficiente aos credores dissidentes, principalmente no sentido de observação da ordem de pagamento imposta pela lei, possibilitando, conforme já exposto, que uma classe com menos privilégios perceba pagamentos antes de classes dotadas de maiores privilégios.

5.3.1.2. O *Best-Interest-of-Creditors*

Essa norma, utilizada no direito americano, consiste em exigir que os credores dissidentes recebam, com a implementação da recuperação judicial, pelo menos o valor equivalente ao que receberiam com a liquidação dos bens do devedor no caso de falência.

Deste modo, o credor minoritário está protegido, de forma que a recuperação judicial não lhe será prejudicial. A idéia central é comparar os resultados que seriam obtidos com a recuperação da empresa e com a sua falência, com a finalidade de maximização de seu valor.

No entanto, existem críticas a essa norma, principalmente quanto à força conferida por ela aos credores dissidentes. Ora, exigir que estes recebam pelo menos o que receberiam no caso de falência pode comprometer demasiadamente os interesses envolvidos na recuperação da empresa.

Além disso, esta idéia pode permitir que a vontade de um único credor prevaleça sobre a vontade da maioria. Ou seja, pode comprometer o objetivo de preservação da empresa, conforme previsto no art. 47 da lei de 2005, por permitir que interesses individuais se sobreponham à pluralidade de interesses na empresa em crise.

Ainda neste sentido, essa norma faz menção ao recebimento ou não pelos credores majoritários de valores acima do que receberiam em caso de falência. Portanto, a regra não exige que alguns recebam mais que receberiam com a liquidação da empresa e outros menos. Faz apenas menção de que aquele que for receber menos pode impugnar a homologação do plano.

Ora, dessa forma podemos ter casos em que todos credores de uma classe recebam menos com a recuperação judicial que com a falência e que, mesmo assim aprove o plano. Com a regra do *best-interest-of-creditors* um único desses credores, em detrimento da vontade de todos os outros (que como ele receberão menos com a recuperação do que receberiam com a falência), pode impugnar o processamento da recuperação da empresa, o que configura abuso da minoria.

A precariedade dessa norma fica latente no caso de fornecedores do devedor que abrem mão de parte de seu crédito e aprovam o plano, preferindo receber menos que receberiam no caso de falência para manter a relação negocial com a empresa. Com a aplicação da *best-interest-of-creditors* o juiz recusaria o plano, por verificar que esses credores receberiam valores inferiores que no caso de liquidação, de uma forma totalmente contrária à idéia apresentada pela norma (garantir os interesses dos credores), ou seja, contrária aos interesses dos credores.

De qualquer forma, outorgando discricionariedade ao juiz para que possa adaptar sua aplicação aos casos concretos, a norma se mostra razoável para a defesa dos direitos dos credores minoritários.

Por outro lado, a regra pode se mostrar eficiente se aplicada como forma de superação do veto de uma classe. Sendo constatado pelo juiz que os credores que rejeitaram o plano receberão, com a recuperação judicial, tanto quanto receberiam em caso de falência, não há prejuízo para estes credores se a reorganização for concedida.

Deste modo, é plausível que, dependendo do caso, a solução mais justa seja desconsiderar o veto de credores que terão igual grau de satisfação na recuperação judicial e na falência, de modo a atingir os princípios que regem a nova lei.

5.3.1.3. A *Unfair Discrimination*

Segundo essa regra, não é permitido que um credor perceba, proporcionalmente, valores maiores ou menores e/ou em condições mais ou menos favoráveis que outros titulares de créditos semelhantes.

Essa idéia é semelhante a *par conditio creditorum* (igualdade entre os credores) prevista na legislação brasileira, que visa o tratamento igualitário entre credores com créditos semelhantes.

A *unfair discrimination* mostra-se mais razoável pois, ao mesmo tempo em que protege o interesse dos credores, impede o abuso da minoria, uma vez que o plano não será rejeitado, o que acontecerá é que apenas o credor destratado passará a receber o mesmo tratamento conferido aos demais credores de sua classe.

No entanto, Carolina Soares João Batista e outros (3), entendem não se tratar da medida mais adequada à proteção do credor minoritário dissidente:

(...) Nas mãos de um credor individual, a *unfair discrimination* pode ser um instrumento de pressão, que lhe permite exigir satisfação equivalente à oferecida a outro credor da mesma situação, inviabilizando a homologação do plano e, por conseguinte, a recuperação. A possibilidade de invocar a *unfair discrimination* pode levar o credor minoritário a impugnar o plano apenas por ser injustamente discriminada em relação aos outros, mesmo que receba a garantia mínima da falência. Dessa forma, a regra pode estimular credores que em outras circunstâncias estariam satisfeitos com o pagamento previsto no plano a adotarem condutas oportunistas, aproveitando-se do poder de barganha dos credores majoritários em benefício próprio¹⁰¹.

Ora, não parece adequado o entendimento dos autores. O que poderia ter de tão ruim em conceder tratamento igual aos credores da mesma classe? Além disso, por que os credores majoritários podem barganhar por melhores condições, num ato egoísta e apenas em virtude do peso de seu voto, e o credor minoritário não? Aliás, a nossa lei já prevê esse princípio, de forma que seria apenas uma reafirmação da idéia de que os iguais devem ser tratados da mesma forma, apenas para deixar clara essa exigência.

A norma pode ser útil também para aplicação do *cram down* ou supressão de alguma das exigências da lei brasileira.

Considere-se, hipoteticamente, caso em que diversos credores de determinada classe tenham aprovado o plano mas que, em virtude do inexpressivo valor de seu crédito, não logrem êxito em perfazer o requisito do art. 58, § 1º, I¹⁰² ou III¹⁰³, devendo ser recusado o plano em função de poucos credores com exorbitantes quantias contra o devedor terem o rejeitado.

Se todos os credores possuem tratamento igual previsto no plano apresentado, não parece razoável que as mesmas condições de pagamento sejam tão desvantajosas assim para poucos credores (que, hipoteticamente, reprovaram a proposta e

¹⁰¹ Batista, Carolina Soares João e outros (03). A prevalência da vontade da assembléia-geral de credores em questão: o *cram down* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes. Revista de direito mercantil, São Paulo, v. 147, p. 202-242, jul./set. 2007, p. 231

¹⁰² Necessidade de voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presente na assembléia.

¹⁰³ Verificação de voto favorável de mais de um terço dos credores da classe que tenha rejeitado o plano.

possuam créditos expressivos) e, em contrapartida, tão benéficas para a maior parte dos titulares da classe (no caso, que votaram favoravelmente à reorganização e que possuem pequenos créditos).

Diante disso, seria plausível que ocorresse a flexibilização das exigências necessárias para imposição do plano, caso todos os credores tenham tratamento igual e dependendo da situação verificada.

Isso poderia ocorrer com diminuição da quantidade de votos favoráveis exigidos nos referidos dispositivos como, por exemplo, existência de aprovação por credores que representem 40% dos créditos presentes e que todos recebam tratamentos iguais dentro das suas respectivas classes.

Essa norma não se mostra suficiente para, por si só, suprir algum dos requisitos legais para aplicação do *cram down* no direito brasileiro. No entanto, aplicada conjuntamente com outras regras pode se mostrar de grande utilidade na busca da solução mais justa ao caso concreto.

5.3.1.4. Cumulação das Normas *Best-Interest-of-Creditors* e *Unfair Discrimination*

As legislações estrangeiras prevêm a aplicação conjunta do *best-interest-of-creditors* e da *unfair discrimination*. Ou seja, o credor dissidente tem direito a receber pelo menos o que receberia em caso liquidação dos bens do devedor na falência e, ao mesmo tempo, não pode ter tratamento inferior ao concedido aos demais credores de sua classe.

Se, conforme visto acima, a aplicação separada de cada uma dessas normas já pode resultar em proteção excessiva ao credor minoritário, a exigência da observância de ambas as normas é visivelmente excessiva.

Portanto, a utilização das duas normas não resolve o problema quanto à proteção aos credores dissidentes.

De outra banda, se a utilização do *best-interest-of-creditors* aplicada separadamente parece razoável para supressão de alguns requisitos, em caso de verificação das duas normas ao caso concreto, a imposição do plano de recuperação judicial toma mais consistência, mesmo que nem todas as exigências da norma brasileira tenham sido preenchidas.

Deste modo, caso os credores verifiquem, com a reorganização, pelo menos o que receberiam em caso de falência e, ainda, sejam todos tratados de forma igual dentro de suas classes, não parece razoável que não seja concedida a recuperação judicial tão somente porque não houve voto favorável de titulares que representem mais da metade dos votos presentes, por exemplo.

5.3.1.5. Utilização das Normas Alternativamente

Carolina Soares João Batista e outros (3) propõem a aplicação das normas estudadas de forma alternativa. Deste modo, é garantida ao credor minoritário a observação de pelo menos uma das exigências, ou seja, que ele não receba, com a recuperação judicial, menos do que receberia em caso de falência, ou que não receba menos que os demais credores da mesma classe¹⁰⁴.

Com isso, pretendem seja diminuído o poder que o credor dissidente detém frente à implementação do plano, de forma a impedir o abuso da minoria.

Portanto, para que haja impugnação ao plano, com a aplicação alternativa dessas normas, é necessário que, cumulativamente:

- o credor minoritário tenha votado contra o plano;
- o plano deve prever que o credor minoritário receba menos do que receberia em caso de falência;
- o plano deve prever tratamento discriminatório do credor minoritário em relação aos demais titulares de créditos da mesma natureza.

Desta forma, entendem os autores ser dificultada a impugnação do plano de modo abusivo pelos credores, sendo, assim, assegurada a orientação da lei no sentido de preservação da empresa por meio da recuperação judicial.

Entretanto, os autores de pronto apontam defeito da aplicação alternativa das normas, principalmente por deixar em aberto a possibilidade de alteração da ordem de pagamento:

¹⁰⁴ Batista, Carolina Soares João e outros (03). A prevalência da vontade da assembléia-geral de credores em questão: o *cram down* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes. Revista de direito mercantil, São Paulo, v. 147, p. 202-242, jul./set. 2007.

Tome-se como exemplo um banco que seja titular de um crédito de grande monta. Ele pode ter uma parte do seu crédito coberta por uma garantia real e outra descoberta. Terá direito a voto, assim, tanto na classe dos credores com garantia real quanto na terceira classe. O banco poderá, então, usar seu direito de voto para alterar a ordem de pagamento das classes visando a maximizar seus ganhos e, portanto, a obter benefícios em detrimento dos demais credores garantidos.

(...) De acordo com a regra proposta, verifica-se a ocorrência de abuso do direito de voto com o objetivo de alteração da ordem de pagamento das classes quando:

- (i) o plano de recuperação estipula a mudança da ordem de pagamento das classes;
- (ii) um credor tem direito a voto em duas classes de credores distinta;
- (iii) as duas classes de credores mencionadas no item (ii) sofreram mudança na ordem de pagamento;
- (iv) o credor mencionado item (ii) tem direito a receber mais que teria se a mudança na ordem de pagamento não tivesse ocorrido;
- (v) o voto do credor mencionado no item (ii) foi indispensável para a aprovação do plano de recuperação;
- (vi) os credores pertencentes à classe que rejeitaria o plano caso o credor mencionado no item (ii) não tivesse votado foram prejudicados com a mudança da ordem de pagamento da classe¹⁰⁵.

Neste caso, a simples aplicação do *best-interest-of-creditors* impediria a homologação do plano pelo juiz. No entanto, com a aplicação alternativa das normas, caso não exista discriminação entre os credores da mesma classe, o plano poderia ser homologado, por ausência de *unfair discrimination*.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar a improbabilidade de que ocorra essa situação, em função da necessidade de ocorrência de diversas peculiaridades.

Além disso, por se tratar de uma disposição legal, quanto à ordem de pagamento, de qualquer forma o juiz não deve homologar o plano, por clara afronta à dispositivo da lei, não restando, desse modo, concedida recuperação judicial com disposição contrária à lei nem abuso da minoria na aprovação do plano.

Quanto à aplicação alternativa destas normas, não há maiores considerações a serem tecidas, tendo em vista as regras já terem sido estudadas separadamente, de modo que aplicável da mesma maneira neste caso.

5.3.2. Superação do Inciso I, do §1º do art. 58, da Lei 11.101/05

¹⁰⁵ Batista, Carolina Soares João e outros (03). A prevalência da vontade da assembléia-geral de credores em questão: o *cram down* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes. Revista de direito mercantil, São Paulo, v. 147, p. 202-242, jul./set. 2007, p. 233/234

A primeira exigência para a imposição do plano de recuperação judicial é referente à necessidade de voto favorável de credores que representem mais da metade do valor dos créditos presentes na assembléia.

Conforme visto, não existe regra semelhante no direito comparado, sendo esta exigência criada pelo legislador pátrio com a promulgação da nova lei.

No entanto, este requisito pode se mostrar abusivo, principalmente considerando ter por base somente o valor dos créditos, pouco importando a quantidade de titulares envolvidos, mas sim o montante de seus créditos.

Considerando que os créditos trabalhistas costumam ser os de menores valores, principalmente frente aos créditos oriundos de empréstimos bancários, a exigência do art. 58, § 1º, I, da Lei 11.101/05, configura clara afronta ao princípio de proteção ao trabalhador existente no referido diploma legal.

Cabe registrar ser a proteção aos trabalhadores um dos princípios norteadores do Projeto de Lei Complementar nº 71, de 2003, que deu origem à nova lei, conforme se verifica do relatório do Senador Ramez Tebet¹⁰⁶.

A proteção aos trabalhadores, principalmente aos humildes, pode ser verificada no art. 45, § 2º, segundo o qual na classe dos titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes do trabalho, a votação se dará “por cabeça”, independente de valores dos créditos.

A jurisprudência já se defrontou com caso em que esta exigência se mostra abusiva, como no Agravo de Instrumento interposto contra decisão que concedeu a recuperação judicial da empresa Varig Logística S.A. por meio do *cram down*¹⁰⁷.

Nesta situação foram verificados os requisitos dos incisos II e III do art. 58, § 1º, sendo que haviam duas classes votantes e pelo menos um terço dos titulares da classe que desaprovou o plano apresentado (credores quirografários) votaram a favor da concessão da recuperação judicial.

Entretanto, tendo em vista os créditos quirografários serem muito superiores aos créditos trabalhistas, não houve aprovação do plano por titulares que representassem mais da metade do valor de todos os créditos presentes.

¹⁰⁶ Machado, Rubens Approbatto (coord). Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p 362.

¹⁰⁷ Agravo de Instrumento nº 994.09.282083-3. Câmara Especial de Falência e Recuperação Judicial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Romeu Ricupero, julgado em 01.06.2010.

Os créditos que votaram favoravelmente à aprovação do plano representavam 40,04% do valor dos créditos presentes, correspondendo a 79,07% dos credores em assembléia, se considerados por cabeça.

Na referida decisão acabou sendo verificado abuso de voto por alguns credores, sendo que com a supressão destes créditos contrários, acabou sendo preenchido o requisito em questão, não tendo sido concedida recuperação judicial com superação da exigência.

De qualquer forma, o caso serve para mostrar a abusividade da regra, principalmente considerando ter sido o plano aprovado pela maioria dos credores, se considerados por cabeça.

Entende-se, portanto, que este requisito deve ser interpretado de forma branda, sendo que seria razoável a inclusão da alternativa de verificação da aprovação por credores que representem mais da metade dos presentes considerados por cabeça.

Outra alternativa seria, como anteriormente exposto, outorgar poderes ao juiz para que possa proceder na análise do conteúdo do plano apresentado, de forma a verificar sua consistência, presença do *best-interest-of-creditors* e a não configuração de *unfair discrimination*.

Ora, por mais que seja importante o voto favorável de credores que representem a maior parte dos créditos presentes em assembléia, este requisito não pode ser definitivo, principalmente em caso de plano de recuperação consistente, viável e que cumpra com referidas exigências do direito norte-americano.

5.3.4. Superação da Necessidade de Voto Favorável de Duas em Três Classes Votantes

Esta é outra exigência que foi criada pelo direito brasileiro à margem da legislação estrangeira, sendo que no direito norte-americano tendo a aprovação de pelo menos uma das classes votantes, o *cram down* pode ser aplicado.

Se considerarmos a recuperação judicial de uma empresa que possua tradição no mercado, que tenha bases sólidas, engajamento dos empregados, e que apresente um plano consistente e viável, no qual não haja tratamento distinto de credores com prerrogativas semelhantes e que todos os credores verifiquem pelo menos o que perceberiam

em caso de falência, com certeza a não concessão desta reorganização não seria a solução mais justa apenas por ter sido aprovada somente por uma em três classes votantes.

Ou seja, mais uma vez, a inflexibilidade do art. 58, § 1º, da Lei 11.101/05 mostra que nem sempre a solução mais justa pode ser alcançada no direito brasileiro, principalmente se não for permitido ao magistrado fazer juízo de valor do caso em questão.

Caso configuradas algumas das características acima elencadas e se boa parte dos credores das duas classes que rejeitaram o plano tenham votado favoravelmente (por exemplo, 40% dos titulares em cada classe) à concessão da recuperação, não seria razoável a decretação de falência da empresa.

Até mesmo porque, tendo em vista que muitas vezes a classificação de alguns créditos fica no limiar entre a classe dos dotados de garantia real e dos quirografários, a aprovação do plano poderia ficar a critério de um simples detalhe, pois pode ocorrer de um credor não representar considerável diferença na classe III, mas mesmo assim poder alterar o voto da categoria II.

Cabe ressaltar, ainda, que normalmente a classe II é composta por poucos credores e que seus créditos não possuem valores tão elevados quanto os da classe III. Deste modo, aqueles credores assumem peso desproporcional no momento de aprovação do plano apresentado, pois mesmo que aquela categoria seja formada por apenas um titular com um crédito x, por mais que a totalidade dos créditos da classe três seja 100x, as categorias terão o mesmo peso no momento de votação em assembléia.

Portanto, podem ser verificados casos concretos em que a exigência de voto favorável de duas classes se mostre abusivo, frente à quantidade total de titulares que votem a favor e o montante de seus créditos.

5.3.5. A Exigência de Porcentagens de Aprovação

A última exigência para aplicação do art. 58, § 1º, da nova lei, diz respeito à necessidade de aprovação de pelo menos um terço dos credores da classe dissidente. Desta forma, se a classe dissidente for a dos credores trabalhistas, é necessário que pelo menos um terço dos credores presentes em assembléia aprove o plano, independente do valor de seus créditos.

Caso a classe discordante seja a dos incisos II e III do art. 41 da Lei 11.101/05, a apuração do terço necessário será realizada por meio dos valores dos créditos de titularidade dos credores presentes.

Esta exigência acaba por prejudicar a utilização do *cram down*, pois pode haver apenas um credor na classe dissidente, sendo, portanto, impossível a existência de um terço concordante dentro da classe.

Tomemos por exemplo uma situação em que haja apenas um credor com garantia real, situação bastante comum no direito pátrio. Ora, fica impossível a verificação da exigência do art. 58, §1º, III da nova lei.

Neste caso, sendo as outras classes favoráveis à aprovação do plano, o processo de recuperação judicial ficará completamente dependente da vontade deste único credor, principalmente pela impossibilidade de, segundo uma interpretação estrita da lei, imposição do plano ao credor dissidente, em função da ausência de um terço de votos favoráveis na classe dissidente.

Trata-se de lacuna da lei, não tendo sido prevista pelo legislador a situação supracitada. Diante dos princípios norteadores do direito recuperacional brasileiro, deve ser concedida a recuperação judicial da empresa por meio do *cram down*, de modo a não permitir a decretação da falência tão somente devido ao veto de um único credor (com crédito dotado de garantia real).

Não é outro o entendimento dos Tribunais do país, como é possível perceber da análise do Agravo de Instrumento interposto contra a sentença que concedeu, por meio do *cram down* a recuperação judicial da empresa Marbel R. C. Comércio, Importação e Exportação Ltda. nº 638.631-4/1-00, da comarca de Rio Claro, SP, na decisão monocrática proferida pelo relator Desembargador Romeu Ricupero¹⁰⁸.

O relator entende que o legislador inseriu o art. 58 na nova lei com a intenção de não deixar que o formalismo exacerbado prevaleça sobre o direito material. Também, busca evitar que a vontade de uma minoria prevaleça sobre a vontade da maioria, num abuso de poder.

Neste caso, o plano de recuperação foi aprovado por unanimidade pela classe dos credores trabalhistas e por maioria pela classe III do art. 41, tendo sido rejeitado pela classe dos credores com garantia real, composta por um único credor.

¹⁰⁸ Agravo de Instrumento nº 638.631-4/1-00. Câmara Especial de Falência e Recuperação Judicial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Romeu Ricupero, julgado em 18.08.2009.

Deste modo, por não ter satisfeito todas as exigências do art. 58 – ausente o requisito do inciso III do § 1º, segundo o qual deve haver voto favorável de pelo menos um terço dos credores na classe que rejeitou o plano – o agravante pleiteou o indeferimento da recuperação judicial.

Como bem destacou o relator, trata-se claramente de lacuna da lei, pois o legislador não previu esta possibilidade, uma vez que impossível a caracterização da exigência do inciso III do § 1º do art. 58 no caso de ser composta por apenas um credor a classe que rejeitou o plano.

Ora, não é razoável que a recuperação judicial aprovada pelos credores trabalhistas (os maiores interessados na manutenção da empresa) e pelos quirografários seja rejeitada apenas para satisfazer a vontade de um credor e de parcela dos credores da classe III (aproximadamente 40%), o que vai de encontro aos princípios e à idéia central da nova lei.

Cabe, ainda, citar trecho do referido acórdão, no tocante à preferência do crédito revestido por garantia:

“Essa posição excessivamente individualista poderia estar caracterizada, por exemplo, pela situação de uma classe de credores com maior prioridade para o recebimento dos créditos (v. g., com garantia real), que, dependendo da situação patrimonial do devedor, preferisse sua liquidação imediata, já que os ativos seriam suficientes para o pagamento dos respectivos créditos, ainda que essa solução fosse prejudicial às demais classes com prioridade inferior e ainda que a aprovação do plano não deixasse a classe com maior prioridade em situação pior”¹⁰⁹.

Para decidir o caso em tela, o relator utilizou subsidiariamente o art. 126¹¹⁰ do Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei, sendo que deve recorrer à analogia, aos costumes e princípios.

Assim, o relator possui entendimento semelhante ao anteriormente defendido, no sentido de que sempre que houver credor único com garantia real, hipótese que não é rara, e esse credor não aprovar o plano, e tendo em vista o fato de que sempre o crédito com garantia real é vultoso, ou seja, constitui parcela ponderável do total da dívida da

¹⁰⁹ Agravo de Instrumento nº 638.631-4/1-00. Câmara Especial de Falência e Recuperação Judicial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Romeu Ricupero, julgado em 18.08.2009, p. 12.

¹¹⁰ Lei 5.869/73. art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

recuperanda, então existiria o "abuso da minoria", provocando fatalmente a quebra da empresa.

Cabe citar, ainda, a lição de Manoel Justino Bezerra Filho:

Por isso mesmo, a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridade nas finalidades que diz perseguir, colocando como primeiro objetivo a 'manutenção da fonte produtora', ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o 'emprego dos trabalhadores'. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os 'interesses dos credores'. Esta é a ordem de prioridades que a Lei estabeleceu - o exame abrangente da Lei poderá indicar se o objetivo terá condições de ser alcançado. No entanto, a eficiência da Lei para o fim pretendido só se conhecerá com a prática no tempo, pois a avaliação final é feita pelos resultados efetivamente obtidos. Como lembra Jorge Lobo (*Revista Forense* 379), para a boa aplicação da lei deve haver ponderação de fins e princípios, sempre tendo em vista que a solução do conflito em si será casuística, condicionada pelas alternativas que se apresentem como hábeis para a solução do problema. Deverá o juiz sempre ter em vista, como orientação principiológica, a prioridade que a lei estabeleceu para a 'manutenção da fonte produtora', ou seja, recuperação da empresa¹¹¹.

Diante disso, podemos perceber que este requisito é demasiadamente formal e inflexível, sendo que deveria ser substituído pelos mecanismos anteriormente estudados ou até mesmo suprimido, tendo em vista a demasia de exigências para que seja possível a imposição do plano de recuperação aos credores, o que acaba por praticamente impossibilitar a aplicação em alguns casos concretos.

¹¹¹ Bezerra Filho, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 136.

CONCLUSÃO

Para que seja possível a imposição do plano de recuperação aos credores dissidentes por meio do *cram down*, é necessário que sejam resguardados os seus direitos, de forma a não infringir a segurança jurídica que deve ser observada no âmbito do Poder Judiciário.

Ao importar o instituto do *cram down* da lei norte-americana, o legislador brasileiro acabou por criar normas objetivas, que limitam o poder do juiz e que servem para uma aplicação mecânica da lei, de forma a apenas averiguar o preenchimento de requisitos formais para a imposição do plano aos credores, em semelhança ao que ocorria com a defasada concordata, quando da lei antiga.

Conforme estudado, as regras brasileiras não são suficientes para garantir a integridade dos interesses dos credores dissidentes e tampouco possibilitam a imposição do plano de recuperação judicial de forma adequada e razoável.

Diante disso, devem ser aplicados no direito brasileiro as normas *best-interest-of-creditors* e *unfair discrimination* como forma de assegurar os direitos dos credores dissidentes e para permitir a supressão das exigências elencadas no art. 58, § 1º, da nova lei.

Como visto, essas duas normas se mostram razoáveis tanto para rejeição do plano por eventual disposição abusiva quanto para permitir a imposição da recuperação aos credores. Isso porque, observados ambos os requisitos, os credores não serão tratados de formas distintas nem receberão menos do que perceberiam em caso de falência.

Neste sentido, seria interessante até mesmo a aplicação do *cram down*, dependendo do caso, por desconsideração dos votos contrários caso preenchido o requisito do *best-interest-of-creditors*, pois estes credores não verificarão prejuízo algum com a concessão da recuperação judicial.

Há que se ressaltar o interesse do Estado na manutenção da empresa, tendo em vista os postos de trabalho que são gerados e os impostos que são recolhidos. Diante disso, deveria haver maior contribuição por parte do Estado para a recuperação das empresas, seja por meio de isenção de impostos, seja por meio de concessão de empréstimos.

Além disso, cabe destacar a necessidade de outorga de maiores poderes aos magistrados brasileiros, principalmente no momento de análise da proposta apresentada pelo devedor. Conforme visto, o direito francês procura recuperar apenas as empresas saudáveis e

nas quais exista interesse da sociedade, sendo que, se não for o caso, se procede na retirada da empresa do mercado.

Essa idéia também poderia ser aplicada no Brasil, cabendo ao juiz proceder na análise da importância que a empresa possui para a sociedade, de modo a valorar a sua função social. Caso o devedor sempre pague seus impostos em dia, mantenha uma boa quantidade de empregados e se modernize com o passar do tempo, não há motivos para se retirar este empresário do mercado.

Deste modo, deve ser feita avaliação das causas da crise vivenciada pela empresa, de forma a averiguar se trata-se de sociedade que sempre esteve cambaleante, sem uma administração sólida, ou se é o caso de empresa viável e com razoável potencial de reerguimento que acabou por se equivocar em algumas decisões ou que sofre reflexos de alterações no mercado regional, nacional ou internacional (como variação do valor de moeda estrangeiro, no caso de empresa que atue nesse ramo).

Portanto, constatado que a empresa desempenha função social, por meio de recolhimento de impostos, prestação de serviços à comunidade e como empregadora, em contrapartida lhe deve ser concedida tutela especial por parte do Estado, de forma a ver assegurada a integridade dos bens envolvidos em sua cadeia de produção.

Com a mudança da mentalidade do direito recuperacional brasileiro, o processamento da reorganização sempre deve ser tido como finalidade, por mais que seja necessária a superação de algum dos requisitos que devem ser verificados para aplicação do *cram down*, tanto por estes serem demasiadamente rígidos e, em alguns casos abusivos, quanto pela aplicação dos princípios de função social e preservação da empresa.

REFERÊNCIAS

Batista, Carolina Soares João e outros (03). A prevalência da vontade da assembléia-geral de credores em questão: o *cram down* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes. Revista de direito mercantil, São Paulo, v. 147, p. 202-242, jul./set. 2007.

Bezerra Filho, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Campinho, Sérgio. Falência e Recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Claro, Carlos Roberto. Recuperação Judicial: Sustentabilidade e Função Social da Empresa. São Paulo: LTr, 2009.

Coelho, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Saraiva, 2005.

Cretella Neto, José. Nova lei de falências e recuperação de empresas: lei nº 11.101/05, de 09.02.2005. Rio de Janeiro: Forense, 2005

De Lucca, Newton. Simão Filho, Adalberto (coords.). Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

Fazzio Júnior, Wlado. Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Atlas, 2006.

Filho, Tullo Cavallazzi. A Função Social Da Empresa e seu Fundamento Constitucional. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

Franco, Vera Helena de Mello; Sztajn, Rachel. Falência e Recuperação da Empresa em Crise. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

Imhof, Cristiano. Lei de Falências e de Recuperação de Empresas e sua Interpretação Jurisprudencial – Anotado Artigo por Artigo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

Machado, Rubens Approbato (coord). Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

Mandel, Julio Kahan. Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada. São Paulo: Saraiva, 2005.

Negrão, Theotonio; Gouvêa, José Roberto F. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. São Paulo: Saraiva, 2007.

Oliveira, Fátima Bayma de (coord.). Recuperação de Empresas: Uma Múltipla Visão da Nova Lei. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

Perin Junior, Ecio. Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas. São Paulo: Editora Método, 2006.

_____. Preservação da Empresa na Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2009.

Pimenta, Eduardo Goulart. Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

Toledo, Paulo F. C. Salles de; Abrão, Carlos Henrique. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2007.

Vigil Neto, Luiz Inácio. Teoria falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei 11.1.01/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.