

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

MARCELA LAUER

A FORMAÇÃO DA VONTADE COLETIVA DOS CREDORES:
a assembleia que delibera sobre o plano de recuperação

Porto Alegre

2014

MARCELA LAUER

A FORMAÇÃO DA VONTADE COLETIVA DOS CREDORES:

a assembleia que delibera sobre o plano de recuperação

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao departamento de Direito Privado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco

Porto Alegre

2014

MARCELA LAUER

**A FORMAÇÃO DA VONTADE COLETIVA DOS CREDORES:
a assembleia que delibera sobre o plano de recuperação**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao departamento de Direito Privado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco

Aprovado em Porto Alegre, 3 de julho de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco
Orientador

Professor Doutor Bruno Nubens Barbosa Miragem

Professor Doutor Luís Renato Ferreira da Silva

RESUMO

Trata-se de trabalho de conclusão de curso de graduação na área de direito empresarial, tendo como enfoque a análise legal, jurisprudencial e doutrinária da assembleia geral de credores que delibera sobre o plano de recuperação. Busca-se analisar os dispositivos constantes na nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas (LFRE), Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, conjuntamente com a interpretação dos mesmos realizada pela jurisprudência e pela doutrina, citando-se, ainda, aspectos fáticos que contribuem para o entendimento dos bens em conflito. As questões atinentes a formação e manifestação da vontade coletiva dos credores acerca do plano de recuperação são os objetivos centrais que se pretende esmiuçar nesse estudo. Analisa-se, ainda, as formalidades exigidas pela Lei para a validade da manifestação da vontade coletiva dos credores em assembleia. Por conseguinte, cuida-se, esta monografia, de um comparativo das prerrogativas conferidas pela Lei aos credores com os princípios que regem o instituto da recuperação de empresas, analisando em que medida eles se complementam ou se controvertem, estabelecendo-se interpretações de acordo com o princípio maior que rege a Lei de Falências e Recuperação de Empresas, qual seja o “princípio da preservação da empresa”. Em um enfoque jurisprudencial, demonstra-se, também, de que forma os tribunais do Brasil relativizam as disposições categóricas da Lei em relação ao tema. Por fim, expõe-se as soluções encontradas no Direito para os problemas que a Lei 11.101/05, por si só, não consegue resolver.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Assembleia de credores. Lei 11.101/05.

ABSTRACT

This work focused on corporate law, especially on the legal, doctrinal and case law study of the creditors resolution about the reorganization plan. The objective is to examine the new Brazilian Bankruptcy Law, Law 11.101, enacted in 2005, together with interpretation of this by jurisprudence and doctrine, mentioning factual aspects that contribute to the understanding of issues in conflict. The study concentrates on issues related to forming and expression of creditors will about the reorganization plan. It also analyzes the formalities required by law for the validity of the expression of collective will on the creditors meeting. Therefore, this work sets an association between prerogatives conferred by the Law to creditors with the principles that rule the institution of business recovery, scrutinizing in what sense they are complementary or contradictory, and always interpreting it under the principle of the continuance of the business, main principle in which the Bankruptcy Law is founded. In a jurisprudential approach, also, is established how the courts of Brazil have relativized the categorical provisions of the Law in relation to the theme. At least, this work exposes the solutions found in the legal system for the problems that the Law 11.101/05, by itself, can not solve.

Keywords: Judicial Reorganization. Assembly of Creditors. Law 11.101/05.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	14
2.1 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA LEI 11.101/2005.....	14
2.2 O PLANO DE RECUPERAÇÃO DA EMPRESA EM CRISE.....	16
2.3 A FORMAÇÃO DA VONTADE COLETIVA DOS CREDORES.....	19
2.3.1 Assembleia de credores como órgão materialmente vinculado aos objetivos da Lei	20
2.3.2 A soberania relativa da assembleia geral de credores	22
2.4 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO.....	24
3 ASPECTOS FORMAIS EXIGIDOS PARA A VALIDADE DA DELIBERAÇÃO DA ASSEMBLEIA DE CREDORES SOBRE O PLANO DE RECUPERAÇÃO.....	25
3.1 HIPÓTESES DE CONVOCAÇÃO DA ASSEMBLEIA.....	25
3.2 FORMALIDADES NA CONVOCAÇÃO DA ASSEMBLÉIA GERAL DE CREDORES PARA DELIBERAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO.....	27
3.2.1 Legitimidade para a convocação	27
3.2.2 Convocação da assembleia geral de credores	28
3.3 INSTALAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES: A IMPORTÂNCIA DO ADMINISTRADOR JUDICIAL.....	31
3.4 DELIBERAÇÃO NA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES.....	34
3.4.1 Condições negativas e positivas de participação na deliberação sobre o plano de recuperação	34
3.4.2 As regras de votação do plano de recuperação e a disparidade entre as classes	36
3.4.3 O destino da empresa recuperanda e a vontade dos credores	40
4 RESULTADOS DA ASSEMBLEIA DE CREDORES QUE DELIBERA SOBRE O PLANO DE RECUPERAÇÃO.....	42
4.1 APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO.....	42
4.2 REJEIÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO POR PARTE DOS CREDORES.....	46
4.2.1 Imposição do plano aos credores dissidentes	47
4.2.2 A intervenção judicial no “cram down” norte-americano	50
4.2.3 Modificação do plano de recuperação	52

4.3 REJEIÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO PELA MAIORIA DOS CREDORES.....	59
4.3.1 A necessária rejeição do plano de recuperação inviável.....	59
4.3.2 Plano de recuperação viável e o abuso do direito de voto dos credores..	62
4.4 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO.....	79
5 CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS.....	86

1 INTRODUÇÃO

A Lei 11.101 de 2005 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da recuperação judicial, em que o devedor deve apresentar um plano de reorganização da sua atividade a fim de superar uma situação de crise. A empresa que se encontra em crise econômico-financeira pode utilizar-se do procedimento previsto na Lei para pressionar seus credores a aderirem a uma proposta de novação de suas obrigações e, assim, manter-se em atividade. Não se trata de uma simples negociação, pois, na maioria das vezes, o pedido de recuperação judicial decorre do insucesso das tratativas extrajudiciais.

A recuperação judicial cria ambiente em que se força um consenso mínimo entre os interesses dos credores e do devedor. Nessa conjuntura, o credor pode aceitar a proposta apresentada pelo devedor e receber seu crédito em condições sob as quais jamais se submeteria em situações de normalidade. Por outro lado, o credor pode rejeitar a proposta e assumir o risco de não ter seu crédito adimplido, ante a provável falência da empresa devedora. Contudo, entre estes extremos, outros podem ser os resultados do conclave e diversos são os fatores que influenciam na deliberação dos credores.

A manifestação de vontade dos credores, no entanto, não se dá de forma individual. Os credores submetidos à recuperação judicial deliberam sobre a proposta do devedor em assembleia própria para este mister. A decisão de conceder ou não o regime de recuperação judicial à empresa em crise é exclusiva do Poder Judiciário; entretanto, este não pode ignorar o resultado da deliberação dos credores em assembleia.

Neste trabalho, não se pretende analisar a totalidade do instituto da recuperação judicial, mas apenas os seus aspectos que têm relação direta com a assembleia de credores que delibera sobre o plano de recuperação. Nesse sentido, não serão estudadas as demais competências da assembléia geral de credores previstas na Lei. Entre os aspectos relativos à assembleia encontram-se as formalidades exigidas pela Lei 11.101/05 para a validade do conclave. Em relação aos resultados da deliberação, também serão abordados, porém não de forma exaustiva, temas pertinentes à manifestação da vontade coletiva dos credores que não são objetos explícitos da legislação recuperacional. Assim, temas como o abuso

de direito, direito comparado, outras legislações específicas e assuntos não jurídicos, entre outros, por não serem objeto deste trabalho, não serão tratados com toda a extensão e complexidade que lhes são próprios, sendo descritos apenas naquilo que têm relação com a deliberação dos credores sobre o plano de recuperação.

Esses temas que fogem à legislação específica sobre recuperação judicial denunciam o quão delicada e complexa é a reorganização de uma empresa em crise. Em pleno século XXI, com a globalização e a integração harmônica de complexos ciclos de produção, a falência deve constituir-se apenas como última alternativa para a empresa em crise. Desta feita, havendo sinais de que determinada empresa não opera da melhor forma, cabe à lei propiciar modos de intervenção que, logo nos primeiros sinais de crise, apliquem remédios que possam evitar o agravamento da situação.

Contudo, de nada adianta impetrar esforços na recuperação de empresas cuja manutenção é mais custosa à sociedade que a sua liquidação. O Direito deve intervir a fim de evitar esse resultado, criando mecanismos para melhor administrar a crise empresarial e para otimizar os recursos presentes no mercado. Ademais, o Direito, mais do que a letra fria da lei, também atua com o fim de incitar seus operadores a trabalharem com vistas a tornar eficazes as medidas e os valores consagrados por seus institutos.

Estas medidas e valores, no entanto, nem sempre são considerados pelos credores que, na assembléia geral, têm o poder e o direito de aplicá-los, e que podem conduzir o processo de recuperação de empresas, previsto pela Lei, ao resultado que esta justamente pretende evitar, ou seja, a falência. O conflito entre o interesse da recuperanda e o feixe de interesses dos credores é o ponto crítico da recuperação judicial. Os credores têm legitimidade para pretenderem receber seus créditos sem qualquer compromisso com a recuperação da empresa devedora.

Com relação ao Direito, este estudo busca demonstrar as diferentes perspectivas sobre a manifestação da vontade coletiva dos credores cuja atuação em assembleia pode apresentar distorções e vícios que, se não forem monitorados pelo Poder Judiciário, podem inviabilizar os objetivos da Lei 11.101/05. Com relação à sociedade, este trabalho ocupa-se de um tema central na organização econômica moderna, qual seja, da empresa, que, entre outras interpretações, consubstancia-se como fonte de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, bem como

fonte geradora de empregos e tributos. Daí a necessidade de acentuada cautela na administração de uma crise econômica e financeira que assole esse ente.

O ideal de manutenção da empresa, embora tenha se assentado no ordenamento jurídico brasileiro a partir de 2005, com a promulgação da Lei 11.101, não era inédito. De fato, já existia no ordenamento português o Alvará de 1756, fonte do Direito luso-brasileiro, que determinava que aqueles comerciantes acometidos em ruína em seus negócios lícitos, e de boa-fé, não incorreriam em nenhum crime e, neste caso, os atos seriam remetidos às autoridades competentes que tinham o dever de os “*concertar e compor com seus credores*”[sic]¹.

Não é novidade, portanto, que a pretensão do Direito Falimentar nada mais é do que “consertar” a empresa insolvente através de composição com seus credores. Nesse sentido, as críticas à concordata preventiva do Decreto-lei de 1945, cujo erro fundamental consistia em permitir sua concessão apenas atentando-se a pressupostos formais, sem cogitar as causas da insolvência do devedor, se ele foi inepto ou incompetente, e, ainda, sem indagar se o devedor teria um plano viável para a reorganização da empresa em crise².

Além do princípio de preservação da empresa não ser totalmente inédito na legislação empresarial brasileira, outro instituto base da Lei de 2005 também já era familiar aos operadores do Direito antes da promulgação da nova Lei, embora não com os contornos atuais, a saber, a assembleia de credores.

A assembleia de credores não consiste numa inovação trazida pela Lei 11.101/05, mas o papel que este órgão exercia no diploma legal anterior é bem contrastante em relação ao atual. Diferentemente da pretensão da Lei hodierna, na vigência do Decreto-lei de 1945 não existia qualquer estímulo à participação dos credores nesses procedimentos, pois, segundo o que afirma a doutrina, os mesmos sabiam que dificilmente receberiam seus créditos, ainda mais porque, quando se

¹ “Esse alvará foi outorgado no ano seguinte ao do terrível terremoto de Lisboa, que causara a desorganização e ruína do comércio e da navegação da metrópole. Impôs-se, por isso, a revisão das Ordenações Filipinas, nessa matéria. A regra VIII, do Alvará de 1756, determinava que “os que caírem em pobreza sem culpa sua, por receberem grandes perdas no mar, ou na terra, em seus tratos e comércios lícitos, não constante de algum dolo ou malícia, não incorrerão em pena de algum crime. E neste caso serão os atos remetidos ao Prior e Cônsules do Consulado, que os procurarão concertar e compor com seus credores, conforme o seu Regimento”. [sic]. REQUIÃO, Rubens. **A crise do direito falimentar brasileiro – Reforma da lei de Falência**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo, vol. 20, p. 199-208, 2001.

² *Ibidem*.

chegava a esta fase processual, os ativos remanescentes tinham pouco ou nenhum valor³.

A previsão da nova Lei quanto ao papel da assembleia de credores, no entanto, é bastante diferente porque os credores têm o poder-dever de deliberar sobre o plano de preservação da empresa, sobre sua viabilidade e sobre a razoabilidade das premissas que suportam a pretensão da devedora. Ou seja, a manifestação dos credores não se restringe à forma de realização do ativo, ainda que a assembleia com este escopo tenha sido mantida na nova Lei. Contudo, essa mudança de paradigma não ocorreu de um dia para o outro. Em que pesem as críticas estarem presentes desde os primeiros anos do Decreto-lei de 1945⁴, o Projeto de Lei 3.476/93, que buscava a reforma do sistema de concordatas, esteve esquecido no Congresso Nacional desde 1993 para apenas após o ano de 2001, ressurgir, tendo sido alterados quase todos os artigos do projeto original.

A vontade política que impulsionou aquele Projeto de Lei de 1993 a tornar-se a atual Lei 11.101/05 resultou do compromisso firmado pelo Poder Executivo ante o Fundo Monetário Internacional, no sentido de melhorar os “marcos legais” do mercado brasileiro. As profundas modificações dos dispositivos do Projeto de Lei original decorreram do citado compromisso com instituições internacionais e são resultados da incorporação das diretrizes e princípios do manual editado em 2001 pelo Banco Mundial⁵.

Dessa influência externa, combinada com as necessidades internas do Brasil no âmbito jurídico-recuperacional, resultou o atual sistema que tem como fim de um lado preservar a empresa e os interesses diretamente relacionados a ela e, de outro lado, em uma perspectiva mais ampla, proteger o “crédito” ou a sua circulação.

E para melhor descrever o sistema atual, neste trabalho foram utilizados, inicialmente, como fonte de pesquisa bibliográfica, livros de comentários à Lei

³ SZTAJN, Rachel. **Notas Sobre as Assembléias de Credores na Lei de Recuperação de Empresas**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, v. 12. Belo Horizonte, 2006, p. 312/313

⁴ “A nova lei mostrou-se inexorável contra os credores, restringindo-lhes o exercício de seus direitos creditórios. Não mais lhes é dado intervir no processo de liquidação, elegendo o liquidatário. Nem, tão pouco, intervir na concordata preventiva ou suspensiva da falência, senão em termos que lhes impossibilitam verdadeiramente defender, eficientemente, seus créditos. Instituiu-se verdadeiro espírito fascista, o que imprópriamente se tem chamado de concordata de autoridade.” FERREIRA, Waldemar. *Apud* ARAGÃO, Paulo Cezar; BUMACHAR, Laura. **A Assembleia Geral de Credores na Lei de Recuperação e Falências**. In SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101/05. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 113.

⁵ PENTEADO, Mauro R. In: SATIRO JR., F.; PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p.58.

11.101/05, por tratarem de forma detida cada disposição do referido diploma legal. Outrossim, porque o objeto do trabalho restringe-se à manifestação da vontade coletiva dos credores em assembleia acerca do plano de recuperação, artigos que tratam deste tema específico também foram consultados. Como cada situação de crise apresenta peculiaridades não previstas pelo legislador, experiência adquirida em atividade de extensão e pesquisa jurisprudencial foram utilizadas para esclarecer a aplicação da abstração da Lei aos casos concretos.

O tema deste trabalho será apresentado em três capítulos. No primeiro capítulo, serão descritos os aspectos da recuperação judicial que apresentam relação direta com a manifestação da vontade coletiva dos credores acerca do plano de recuperação. Neste capítulo, ainda, introduz-se o cerne do objeto do trabalho, a assembléia geral de credores, conceituando-a, expondo os pontos de vista sobre a sua natureza, função e objetivos, e problematizando um dos seus aspectos mais polêmicos, a saber, a soberania das deliberações.

No segundo capítulo, serão expostas as formalidades exigidas pela Lei 11.101/05 para a validade da deliberação. Primeiramente, serão descritas em que hipóteses a assembleia de credores pode ser convocada, quem tem legitimidade para convocá-la e como isso ocorre. Posteriormente, será exposto o necessário regramento acerca da instalação do conclave, momento de grande tensão, pois seus requisitos se não observados levarão ao adiamento da reunião, o que pode provocar prejuízos à recuperanda. Superadas as etapas de convocação e de instalação da assembleia, a Lei também cuidou de impor um procedimento de deliberação, excluindo o direito de voto de alguns credores e estabelecendo a votação por classes de credores a fim de otimizar a manifestação coletiva destes, escolha legislativa não imune a críticas.

No terceiro capítulo, serão apresentados e problematizados os possíveis resultados da deliberação da assembleia de credores acerca do plano de recuperação. A aprovação do plano, que é o resultado buscado pelo devedor, mas que nem sempre decorre da aceitação espontânea dos credores, revela aspectos essenciais para a recuperação judicial, a saber, a viabilidade do plano apresentado e a novação das obrigações da recuperanda.

Por outro lado, quando o plano apresentando não convence a maioria necessária dos credores, tem-se como resultado da assembleia a rejeição do plano por parte dos credores. Com este resultado, resta ao devedor ou modificar o plano já

apresentado, hipótese que induz a vários questionamentos quanto ao momento e limites dessa modificação, ou, ainda, resta requerer ao juiz a imposição do plano aos credores dissidentes por meio do “Cram Down” brasileiro, que muito diverge do instituto original previsto no ordenamento norte-americano.

Por fim, a assembleia de credores pode resultar na rejeição do plano pelos credores, não havendo aprovação por nenhuma maioria que possibilite outro resultado que não leve à convolação da recuperação judicial em falência. Verifica-se, no entanto, que este resultado nem sempre decorre do necessário saneamento do mercado, podendo ser provocado por distorções e vícios na sistemática das deliberações prevista pela Lei, como o abuso do direito de voto de alguns credores, por exemplo.

A Lei 11.101/05 apresenta lacunas sobre diversos aspectos que influenciam no resultado da deliberação; tanto a doutrina como a jurisprudência já identificaram essas impropriedades e desenvolveram alternativas para saná-las, o que será exposto ao longo deste trabalho.

2 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Neste capítulo, serão apresentados brevemente os aspectos da recuperação judicial que apresentam relação direta com a manifestação da vontade coletiva dos credores acerca do plano de recuperação. Estes aspectos introdutórios são essenciais para o entendimento das demais questões expostas ao longo deste trabalho.

As características, origens, funções e finalidades da recuperação judicial e do plano de recuperação serão expostas com o aprofundamento necessário ao entendimento das questões relativas à manifestação da vontade coletiva dos credores. Por fim, busca-se apresentar a assembleia geral de credores, ressaltando suas controvérsias e limitações.

2.1 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA LEI 11.101/2005

A recuperação judicial consiste em um instituto criado pela Lei 11.101/05, constituído por uma série de providências das mais variadas naturezas, tanto de Direito Público, quanto de Direito Privado, e até mesmo de natureza não jurídica, como econômica, contábil, organizacional, etc. Seu objetivo é reestruturar a capacidade produtiva de uma empresa, melhorando-a, a fim de superar uma situação de crise e, conforme o art. 47 do referido diploma legal, preservar a fonte produtora de empregos e tributos por meio da composição dos interesses dos credores⁶.

Ainda no âmbito conceitual, mister ressaltar o viés processual do instituto, já que a recuperação se implementa por meio de uma ação judicial, de iniciativa do devedor, que somente pode ser exercida até a declaração de falência⁷. No entanto, em que pese o instituto existir através de uma ação judicial, o processo de recuperação judicial produz extensa eficácia no plano do direito material. A atividade jurisdicional é atípica, pois, em muitos aspectos essenciais à recuperação, o juiz não

⁶ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 10/11.

⁷ *Ibidem*.

é chamado a se pronunciar autoritativamente⁸. A jurisdição deve atuar como catalisadora da composição dos interesses das partes dessa relação débito-crédito.

A recuperação judicial tem como premissa o papel essencial da empresa na sociedade, o qual não se restringe a um papel meramente privativo, pois transcende os interesses individuais de seus proprietários para cumprir uma “função social”⁹. Essa “função social” da empresa¹⁰ decorre do efeito colateral benéfico de seu funcionamento, porque, ao explorar a atividade prevista no seu objeto social e ao perseguir seu objetivo (lucro), a empresa promove interações econômicas com outros agentes do mercado. A atividade empresarial envolve o consumo e venda de produtos e serviços, bem como gera empregos e paga tributos, o que movimentava a economia e desenvolve a comunidade em que está inserida, criando riqueza e ajudando no desenvolvimento do país¹¹.

Tão grande é a importância da empresa e de sua manutenção, que a jurisprudência tem estendido os efeitos da recuperação judicial até mesmo aos credores que a Lei excluiu desse ônus.

⁸ CAMIÑA MOREIRA, Alberto. **Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público**. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). Direito Falimentar e a nova lei de Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 251.

⁹ NUNES, Marcelo G. e BARRETO, Marco A. F. **Alguns apontamentos sobre comunhão de credores e viabilidade econômica**. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). Direito Societário e a nova lei de falência e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.310.

¹⁰ “Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo *social* mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.” COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, e Financeiro. São Paulo, ano 15, n.63, jul/set 1986, p.75. Nesse mesmo sentido, em outro artigo, assinala o autor que “a função social da propriedade é apresentada como imposição do dever positivo de uma adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade.” COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, empresa e Função Social**. In Revista dos Tribunais. Ano 85, v. 732, out 1996, p. 43. Da mesma forma explica Verçosa: “Ser ‘dotado de livre iniciativa’ não significa licença para exercer o papel de predador sem limites. Há duas fronteiras básicas que devem ser observadas pelo empresário: aquela correspondente aos demais empresários (direito da concorrência) e a que diz respeito aos destinatários da atividade empresarial (direito do consumidor). [...] A autonomia privada não pode impor-se sobre o interesse da sociedade, nas áreas socialmente sensíveis.[...] A liberdade de iniciativa, entendida como liberdade de criação empresarial, somente seria protegida enquanto favorecesse o desenvolvimento nacional e a justiça social.” VERÇOSA, Haroldo M. D. **Curso de direito comercial**, vol. 1. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 203-204.

¹¹ SPINELLI, Luis Felipe, TELLECHEA, Rodrigo, SCALZILLI, João Pedro. **Recuperação extrajudicial de empresas**. 1. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 32/33.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já proferiu decisões determinando que devem ser obstados os atos judiciais que reduzem o patrimônio da recuperanda, o que vale também para as execuções fiscais que, a princípio, não estariam submetidas aos efeitos da recuperação judicial¹². Segue essa linha também o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual exige, para a exclusão da garantia conhecida como “trava bancária” dos efeitos da recuperação judicial, que as cédulas de crédito bancário garantidas por alienação/cessão fiduciária sejam registradas no Cartório de Títulos e Documentos antes do pedido de recuperação¹³.

A recuperação judicial tem por função propiciar um ambiente em que se possa utilizar de mecanismos legais e judiciais capazes de evitar a falência do devedor. Isso se dá, entre outras medidas, principalmente por meio da suspensão da exigibilidade das dívidas da empresa por 180 dias, conforme o §4º do art. 6º da LFRE, concedendo ao devedor um prazo para que possa reorganizar as suas atividades e renegociar de maneira global o seu passivo com o fim de manter-se em operação.

2.2 O PLANO DE RECUPERAÇÃO DA EMPRESA EM CRISE

O plano de recuperação judicial é o resultado material, formalizado em um documento, de um conjunto de negociações e pressões, a que estão sujeitos o

¹² “PROCESSO CIVIL. AGRAVO NO CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE EMPRESÁRIA SUSCITANTE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR PARA TODOS OS ATOS QUE IMPLIQUEM RESTRIÇÃO PATRIMONIAL. PRECEDENTES. 1. As execuções fiscais ajuizadas em face da sociedade recuperanda não se suspenderão em virtude do deferimento da recuperação judicial. 2. Todavia, embora a execução fiscal, em si, não se suspenda, devem ser obstados os atos judiciais que reduzam o patrimônio da sociedade em recuperação judicial, enquanto mantida essa condição. Na hipótese, a aplicação literal do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05 conduziria à inibição do cumprimento do plano de recuperação previamente aprovado e homologado. Precedentes. 3. Agravo não provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Conflito de Competência nº 127.674**. Agravante: Fazenda Nacional. Suscitante: Viplan Viação Planalto LTDA. Suscitados: Juízo de Direito da Vara de falências e recuperações judiciais do Distrito Federal e outro. Relatora Min. Nancy Andrighi. Brasília, 25 set. 2013. Acesso em 25.05.2014.

¹³ “Agravo de Instrumento. Trava bancária. Cédulas de crédito bancário amparadas pela garantia da cessão fiduciária não podem ser classificadas como crédito extraconcursal, mas, sim, quirografários, uma vez não registradas, na forma do art. 1.361, par. 1º, do CC/2002, antes do deferimento do processamento da recuperação judicial da empresa. O disposto no par. 3º, do art. 49, da lei 10.101/05, também não se aplica ao caso concreto face ao não registro da garantia fiduciária da cédula de crédito bancário no cartório de Títulos e Documentos antes do processamento da recuperação judicial da agravada. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça”. Agravo de Instrumento n. **70047101399**. Agravante: Banco Sofisa SA. Agravado: Tutto Condutores Elétricos LTDA. Relator Des. Luis Augusto Coelho Braga. Porto Alegre, 24 mai. 2012. Acesso em 25.05.2014.

devedor e os credores¹⁴. Desse ambiente hostil às partes, mormente ante o fracasso da negociação extrajudicial, colhe-se uma proposta destinada aos credores, a qual pode ser aceita ou não¹⁵, em que são delineadas as ações que, ao reorganizar a atividade ou reformatar a empresa, possibilitarão a sua continuidade com o sacrifício dos credores.

Partindo-se da premissa de que na recuperação judicial impera a autonomia de vontade das partes, muitos autores entendem que o plano tem natureza jurídica contratual, constituindo um contrato do tipo consensual, solene (cujas formalidades são a celebração por escrito, a apresentação em prazo prescrito em Lei e a necessidade de homologação judicial), comutativo, oneroso, de execução continuada¹⁶ e bilateral – pois, em que pese a pluralidade de sujeitos envolvidos, é celebrado entre duas partes: de um lado o devedor que apresenta o plano (pólo unisubjetivo) e de outro os credores (pólo plurisubjetivo)¹⁷.

No entanto, a realidade é bastante diferente. O que se observa é uma autonomia de vontade mitigada pela falta de informação, já que no sistema recuperacional brasileiro, os credores apenas têm acesso às informações que são prestadas unilateralmente pelo devedor¹⁸. Dessa forma, há casos em que os credores deliberam sobre o plano de recuperação desconhecendo não só a Lei, mas também aspectos essenciais sobre a empresa devedora e a retomada de sua atividade. Ilustra essa realidade o comportamento de credores quirografários da VRS Indústria de Laticínios LTDA, na assembleia convocada para deliberação do plano de recuperação apresentado. Os produtores de leite que compunham a classe dos credores quirografários mostraram-se avessos ao plano de recuperação por estarem arrolados na classe que seria a última a receber seus créditos. Esses produtores aparentemente ignoravam que é a Lei que determina a ordem de

¹⁴ VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria Falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei nº 11.101/05**. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 166.

¹⁵ CAMIÑA MOREIRA, Alberto. **Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público**. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.).Direito Falimentar e a nova lei de Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 248.

¹⁶ SPINELLI, Luis Felipe, TELLECHEA, Rodrigo, SCALZILLI, João Pedro. **Recuperação extrajudicial de empresas**. 1. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 115.

¹⁷ PENTEADO, Mauro R. In: SATIRO JR., F.;PITOMBO, A.S.S (coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p.83.

¹⁸ COROTTO, Susana. **Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão: comparação entre a Lei de Recuperação e Falências de Empresas (LRF) e a Insolvenzordnung (InsO) sob a ótica da viabilidade prática**. 1. Ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris ed., 2009, p.52.

classificação dos credores e que o plano apresentado pelo devedor não poderia desrespeitar essa regra¹⁹.

Outrossim, a possibilidade de o plano ser imposto aos credores dissidentes ou, até mesmo, ser homologado em que pese não atingir o quórum de aprovação do art. 45 pode tornar impróprio o reconhecimento da natureza contratual do plano de recuperação²⁰. Também nesse sentido a assembleia de credores da VRS serve de exemplo: o auge da animosidade dos credores quirografários deu-se quando alguns produtores de leite deixaram a sala onde a assembleia acontecia momentos antes da votação, ou seja, não estavam presentes para manifestar sua rejeição por meio do voto. O plano acabou sendo aprovado e os produtores que o rejeitaram terão, inevitavelmente, de se submeter a ele²¹.

Desta feita, o entendimento de que o plano de recuperação tem natureza de contrato, ainda mais consensual, não se espelha na realidade, pois o que se verifica é apenas a apresentação de uma proposta satisfatória para alguns credores e a submissão obrigatória dos demais.

As especificações sobre o conteúdo obrigatório do Plano estão descritas na Seção III da Lei, nos artigos 53 e 54. Obrigatoriamente, a proposta de soerguimento da empresa apresentada pelo devedor deve conter a discriminação dos meios de recuperação a ser empregados, conforme exemplificativamente arrola o art. 50, bem como a demonstração da viabilidade econômica da empresa, peça técnica que deve ser formulada com a assistência de pessoas habilitadas a esse mister²². Ainda, a

¹⁹ UFRGS. Atividade de extensão nº 22332. Assembleia-Geral de Credores realizada em 10.12.2013, referente à recuperação judicial da VRS Industria de Laticínios LTDA autuada sob o nº 047/1.13.0002261-3, em tramitação perante a 1ª Vara Judicial de Estrela/RS.

²⁰ Nesse aspecto, os argumentos utilizados por Jorge Lobo para afastar o reconhecimento da natureza contratual da Recuperação judicial também se aplicam à discussão acerca do plano de recuperação: “[...] o contrato só obriga àqueles 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”, independente 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 assembleia 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.” LOBO, Jorge. In SALLES DE TOLEDO, Paulo F. C., ABRÃO, Carlor Henrique (coords). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121/122.

²¹ UFRGS. Atividade de extensão nº 22332. Assembleia-Geral de Credores realizada em 10.12.2013, referente à recuperação judicial da VRS Industria de Laticínios LTDA autuada sob o nº 047/1.13.0002261-3, em tramitação perante a 1ª Vara Judicial de Estrela/RS.

²² BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.167.

proposta deve conter também o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor.

Em suma, o plano é o detalhamento das medidas que auxiliarão na manutenção da atividade empresarial. Se aprovado, representa a novação das obrigações da empresa recuperanda submetidas ao plano, conforme art. 59 da Lei, e obriga todos os credores a ele sujeitos, inclusive os que não se manifestaram no conclave.

2.3 A FORMAÇÃO DA VONTADE COLETIVA DOS CREDORES

A assembleia de credores é o órgão em que se reúnem os credores sujeitos aos efeitos da falência ou da recuperação judicial para deliberar sobre matérias em que sua manifestação é exigida pela Lei ou sobre qualquer matéria de seu interesse²³.

A assembleia representa um instrumento instituído pela Lei, através do qual, de modo formal, as vontades creditórias individuais são processadas, com a utilização da variação matemática prevista em lei²⁴ para gerar a vontade de uma determinada coletividade, a “comunhão de credores”²⁵.

A assembleia de credores pode ser convocada toda vez que a manifestação dos credores for relevante ou necessária. Nesse sentido, em um processo de recuperação podem ocorrer várias assembleias de credores, e nem sempre ela precisará ser geral, uma vez que credores de determinadas classes poderão reunir-se de forma apartada para definir estratégias ou discutir uma proposta específica do devedor, por exemplo. Contudo, esta assembleia exclusiva de uma classe é mais difícil de ocorrer ante o elevado custo de organização de um conclave que recairia

²³ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: O novo regime de insolvência empresarial**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 77.

²⁴ “Ora, como se trata de uma coletividade, e, em especial, de uma *comunhão*, não pode deixar de existir um meio específico para a expressão da vontade comum. Aplica-se, para tanto, o princípio da maioria, consagrado no direito societário, e também no direito público quando prevê a eleição majoritária. Assim, nas matérias submetidas à deliberação assemblear, a manifestação do órgão faz-se em obediência ao resultado da votação, prevalecendo a maioria, atendidos os requisitos exigíveis. Manifesta-se, desse modo, pela assembleia geral, a vontade coletiva dos credores.” TOLEDO, Paulo F. C. S. de. **O plano de recuperação e o controle judicial da legalidade**. In Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 60. Porto Alegre: RT, 2013, p.310.

²⁵ ARAGÃO, Leandro Santos de. **Assembleia-Geral de Credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o Direito Societário**. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 283.

sobre os credores (art. 5º,II); assim, é mais comum que na ocorrência da assembleia geral existam sub-assembleias de classes²⁶, ou melhor, instâncias de deliberação²⁷, que variam de acordo com a matéria em discussão.

A assembleia de credores tem grande importância no processo recuperacional porque a vontade coletiva ali proferida, de certa forma, vincula o juiz. A avaliação do mérito das deliberações foge à competência jurisdicional, restringindo-se o Poder Judiciário a controlar a legalidade dos atos²⁸. Esse contraste entre poder da assembleia de credores e poder jurisdicional será descrito abaixo no item 2.3.2, notadamente quanto à deliberação sobre o plano de recuperação.

2.3.1 Assembleia de credores como órgão materialmente vinculado aos objetivos da Lei

Convencionou-se qualificar a assembleia de credores como um “órgão”, embora o organismo do qual faça parte seja raras vezes suscitado²⁹. Como visto supra, a assembleia tem caráter manifestamente instrumental, pragmático, de formação da vontade coletiva dos credores³⁰.

Jorge Lobo assinala que a assembleia de credores é um órgão da ação de recuperação judicial³¹. No entanto, segundo Aragão, assumir essa relação órgão/organismo é complicado, pois é tecnicamente inviável conceber que a assembleia de credores seja um órgão da ação de recuperação judicial,

²⁶ SZTAJN, Rachel. **Notas Sobre as Assembléias de Credores na Lei de Recuperação de Empresas**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, v. 12. Belo Horizonte, 2006, p. 307.

²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, Vol. 3. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 854.

²⁸ FARIA, Ely de Oliveira. **Reflexões Acerca do Abuso de Direito de Voto de Credor Contra o plano de Recuperação e Soluções**. In Revista de Direito Empresarial e Recuperacional. São Paulo, v. 1, n.2, jul/set 2010, p.35.

²⁹ “Fica a pergunta, todavia: órgão de quem? [...] Poucos doutrinadores se atravessaram a esmiuçar este problema; os que se propuseram a tanto, na grande maioria das vezes, equivocaram-se”. ARAGÃO, Leandro Santos de. **Assembleia-Geral de Credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o Direito Societário**. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 284.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ LOBO, Jorge. In SALLES DE TOLEDO, Paulo F. C., ABRÃO, Carlor Henrique (coords). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 93.

principalmente porque “ação” é direito subjetivo e, portanto, não constitui organismo dotado de instâncias³².

Esse entendimento, no entanto, não considera a complexidade do instituto da recuperação judicial. A reorganização da empresa é mais do que uma “ação” nos termos do Direito Processual, pois contém elementos que sequer precisam estar submetidos ao Poder Judiciário – a assembleia geral de credores é um exemplo disso. Os efeitos que a assembleia produz materialmente demonstram que ela é um órgão que serve sim à recuperação judicial, sendo, no caso de impugnação ao plano, indispensável ao processo de reorganização da devedora.

Por outro lado, prevalece o entendimento de que a assembleia de credores é órgão da “comunhão de credores”. Tal entendimento decorre do papel importantíssimo conferido pela Lei aos credores, de onde emerge essa figura, ente jurídico despersonalizado³³. Nesse sentido é a opinião de Campos Salles de Toledo³⁴ e Erasmo Valladão, para quem “órgão” é uma decorrência lógica do conceito de interesse coletivo³⁵.

Desta feita, o entendimento majoritário na doutrina é o de que a assembleia geral de credores é órgão da “comunhão de credores” e tem como função, em tese, extrair dessa coletividade uma vontade única, ou ao menos majoritária, que represente os interesses do grupo.

No entanto, essa vontade vetorial dos credores não pode ser aferida de forma desvinculada dos fins buscados pela Lei 11.101/05. A Lei ressalta a consideração do interesse social no processo reorganizatório, principalmente em seus aspectos

³² “(i) ação é, para a técnica jurídica, o direito que tem o sujeito de provocar a máquina jurisdicional para resolução de determinado conflito[...] É possível haver um órgão para titularizar determinado direito subjetivo? [...] o vocábulo *órgão* transmite, como dito anteriormente, a noção de *instrumento* e sendo o processo já algo de caráter igualmente instrumental, teríamos, sendo a AGC órgão de um processo, um “instrumento do instrumento” [...].” ARAGÃO, Leandro Santos de. **Assembleia-Geral de Credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o Direito Societário**. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 285/286.

³³ *Ibidem*, p. 287/288.

³⁴ “Os credores, por seus órgãos próprios, assembleia geral e comitê, têm asseguradas diversas atribuições. Assim é que, só para lembrar algumas, a eles incumbe, reunidos em assembleia, deliberar sobre o plano de recuperação, aprovando-o, rejeitando-o ou modificando-o (neste caso, com a aquiescência do devedor), o pedido de desistência do devedor, ou qualquer outra matéria que possa afetar seus interesses. Esta última referência mostra a extensão dos poderes que lhes foram confiados e serve como um resumo de todas as suas atribuições.” TOLEDO, Paulo F. C. S. de. **O plano de recuperação e o controle judicial da legalidade**. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 60, 2013, p.310.

³⁵ FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. In: SATIRO JR., F.;PITOMBO, A.S.S (coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p.187.

materiais. Materialmente, observa-se na recuperação da empresa a ideia institucionalista de preservação da atividade³⁶, prevista no art. 47 da Lei, segundo o qual 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.

Ou seja, por mais que a assembleia se apresente como um órgão que serve aos interesses da “comunhão de credores”, ou melhor, como um instrumento de verificação da vontade vetorial dos credores, a deliberação dali extraída não pode se restringir aos interesses exclusivos dos votantes, devendo também observar os objetivos preconizados pela Lei e a ética da solidariedade³⁷.

2.3.2 A soberania relativa da assembleia geral de credores

A recuperação judicial tem como princípio a autonomia dos credores, não obstante a deliberação da assembleia estar, de certa forma, vinculada à natureza institucional desse órgão. Ninguém melhor que o credor para decidir o que fazer com o seu crédito, por isso os credores não precisam fundamentar as suas deliberações. Nesse sentido, uma vez obedecida a forma prevista em lei, a deliberação dos credores é considerada válida³⁸.

A LFRE dispõe, nos seus artigos 56, §4 e 58, *caput*, que o juiz “decretará a falência do devedor” se o plano tiver sido rejeitado, ou “concederá a recuperação judicial” quando não tiver sofrido objeção ou tiver sido aprovado pela assembleia de credores. A autonomia das decisões dos credores em assembleia tem sido acatada

³⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. In: SATIRO JR., F.; PITOMBO, A.S.S (coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p. 48.

³⁷ “Para alcançar esse múltiplo escopo e para atender aos interesses das partes envolvidas e harmonizar o direito de cada uma equanimemente, ao invés do confronto entre o devedor e os seus credores, impoes-se a cooperação; ao invés do litígio, a conciliação; ao invés da apologia dos direito pessoais, a luta para a realização dos fins comuns; ao invés da defesa egoística e intransigente dos interesses individuais, a busca de soluções solidárias e equitativas, que causem o menor sacrifício a todos, dentro da perspectiva de que se deve priorizar a composição dos interesses conflitantes, raramente convergentes se não houver, de parte a parte, a compreensão e a sensibilidade do que é absolutamente indispensável: salvar a empresa em crise, que demonstre ser econômica e financeiramente viável, [...]” LOBO, Jorge. In SALLES DE TOLEDO, Paulo F. C., ABRÃO, Carlor Henrique (coords). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 127.

³⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **O poder dos credores e o poder do juiz na falência e recuperação judicial**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 936, 2013, p. 46.

pelos Tribunais³⁹. No entanto, os Tribunais também têm entendido que a soberania da assembleia geral de credores não é absoluta⁴⁰.

As previsões dos artigos supracitados, embora literalmente categóricas, não significam que o juiz deverá sempre, em qualquer caso, cancelar automaticamente a manifestação da vontade coletiva dos credores, embora haja quem defenda esse papel meramente homologador⁴¹. O pronunciamento judicial terá forçosamente que aplicar a lei ao caso concreto, e para isso deverá levar em conta o preenchimento ou não dos requisitos legais não só da LFRE, mas também dos atos jurídicos em geral.

O juiz, ao receber os autos para examinar a deliberação da assembleia, deve exercer o controle de legalidade, formal e material, próprio da função jurisdicional⁴². Exemplo de controle de legalidade formal é a verificação da legitimidade ativa e do preenchimento dos requisitos do art. 48 da LFRE; quanto ao controle material, o juiz não pode ser impedido de perquirir, por exemplo, fraude à lei ou abuso de direito, contrariedade à lei, à ordem pública, etc⁴³.

³⁹ “Em relação à proposta do plano de recuperação propriamente dita, a assembleia-geral é soberana, não podendo o Juiz, nem o Ministério Público, imiscuir-se no mérito do plano, em sua viabilidade econômico-financeira. Esse o entendimento pacífico desta Câmara, devendo tal matéria ser solucionada pelos credores, em assembleia, e jamais pelo Juiz, que não tem o direito, na nova lei, de deixar de homologar o plano aprovado pelos credores, sobretudo e unicamente sob o argumento de que o mesmo é inviável”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n. **0137535-88.2011.8.26.0000**. Agravante: Cooperativa Agrícola Mista de Adamantina. Agravado: Floralco Açúcar e Alcool Ltda. Relator Des. Elliot Akel. São Paulo, 28 fev. 2012. Acesso em 22.03.2014.

⁴⁰ “A Assembleia Geral de Credores só é reputada soberana para a aprovação do plano se este não violar os princípios gerais de direito, os princípios e regras da Constituição Federal e as regras de ordem pública da Lei 11.101/2005.” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n. **0154311-66.2011.8.26.0000**. Agravante: Bernese Administração e Participações Ltda. Agravado: Lommel Empreendimentos Comerciais S/A. Relator. Des. Pereira Calças. São Paulo, 24 jan. 2012. Acesso em 22.03.2014.

“A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.314.209**. Recorrente: Companhia Brasileira De Açúcar e Alcool - Em Recuperação Judicial e outro(s). Recorrido: Agrícola Santa Olga Ltda e outro(s). Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 22 mai. 2012. Acesso em 22.03.2014.

⁴¹ “A rejeição do plano pela assembleia é vinculante para o juiz. Descabe, portanto, qualquer possibilidade de desprezo a vontade dos credores de rejeição do plano.(...) Ao receber a ata da assembleia, contendo a decisão de rejeitar o plano, o juiz deve prolatar a sentença declaratória de falência, atendidos os requisitos do art. 99. A declaração de falência é consequência imediata da decisão da assembleia de rejeição do plano. Não há outro caminho a ser seguido.” CAMIÑA MOREIRA, Alberto. **Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público**. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). Direito Falimentar e a nova lei de Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 256.

⁴² TOLEDO, Paulo F. C. S. de. **O plano de recuperação e o controle judicial da legalidade**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo, v. g60, 2013, p.310.

⁴³ LOBO, Jorge. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos H. (coords.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 169.

A soberania da assembleia de credores, portanto, está relacionada à viabilidade econômico-financeira do plano de recuperação ou à conveniência do plano. Nesse aspecto não há qualquer controle jurisdicional a ser aferido, pois o plano decorre do mérito das negociações, e este é um terreno reservado exclusivamente às partes⁴⁴.

2.4 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

A nova LFRE foi concebida a partir das influências externas e da própria necessidade interna no âmbito jurídico-recuperacional, sendo que além do seu objetivo de preservar a empresa, a Lei também busca a proteção das relações creditícias.

A recuperação judicial tem como função criar ambiente em que tais fins possam ser atingidos através da negociação entre devedor e credores. Desse ambiente de extrema contrariedade extrai-se um plano de recuperação que é apresentado aos credores, os quais deliberarão, em assembleia, pela sua aprovação ou não.

Esse plano representa a novação das obrigações do devedor com os credores privados não excluídos legalmente dessa condição; assim, somente aos credores cabe a prerrogativa de analisar o mérito do plano, pois serão eles os principais atingidos por seus efeitos. Nem mesmo o Poder Judiciário poderá contrariar a vontade dos credores no seu aspecto material (juízo de conveniência, por exemplo); nesse sentido, como essa vontade coletiva é aferida na assembleia de credores, diz-se que esta é soberana.

O Poder Judiciário, no entanto, pode relativizar a soberania da assembleia de credores, seja em observância aos objetivos da Lei, seja através do controle de legalidade inerente aos atos jurisdicionais. A regra é que, uma vez obedecidas as formalidades previstas em lei, a manifestação da vontade coletiva dos credores é válida. Nesse sentido, importante o entendimento das formalidades exigidas pela Lei 11.101/05 para a realização da assembléia geral de credores.

⁴⁴ TOLEDO, Paulo F. C. S. de. **O plano de recuperação e o controle judicial da legalidade.** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo, v. 60, 2013, p.311.

3 ASPECTOS FORMAIS EXIGIDOS PARA A VALIDADE DA DELIBERAÇÃO DA ASSEMBLEIA DE CREDORES SOBRE O PLANO DE RECUPERAÇÃO

O juízo de conveniência acerca do plano de recuperação é prerrogativa exclusiva dos credores, os quais formam a sua vontade coletiva por meio de deliberação em assembleia. No entanto, esta deliberação só é considerada válida se obedecidas algumas regras procedimentais prescritas na Lei 11.101/05.

Neste capítulo, serão descritos os aspectos formais exigidos pela Lei para a validade do conclave. Inicialmente, serão tratadas as hipóteses de convocação da assembleia geral de credores, seguidas pela averiguação dos legitimados a convocá-la e os requisitos para o seu chamamento. Superada a etapa convocatória, será feita a análise de um dos momentos de maior tensão do conclave: a sua instalação. Instalado o conclave, em primeira ou segunda convocação, passa-se a deliberar sobre o plano de recuperação; nesta etapa a Lei também não se absteve de impor algumas regras como pressuposto de validação da reunião, como se verá.

3.1 HIPÓTESES DE CONVOCAÇÃO DA ASSEMBLEIA

Tanto no processo de recuperação judicial, como no de falência, a assembleia de credores pode ser conceituada como a reunião dos credores, em tese todos, para a tomada de decisões estratégicas de natureza não judicial⁴⁵. No entanto, o papel da assembleia de credores não é decisório, mas sim deliberativo. Compete ao poder jurisdicional o monopólio da decisão, que deverá ter como base a deliberação assemblear⁴⁶.

⁴⁵ VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria Falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei nº 11.101/05**. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 121.

⁴⁶ “Observe-se desde logo que o poder da assembleia-geral não é decisório, não se substituindo ao poder jurisdicional. Evidentemente a assembleia, constituída por credores diretamente interessados no bom andamento da recuperação, deverá levar sempre ao juiz as melhores deliberações, que atendam de forma mais eficiente ao interesse das partes envolvidas na recuperação, tanto devedor quanto credores. No entanto, até pelo constante surgimento de interesses em conflito neste tipo de feito, sempre competirá ao poder jurisdicional a decisão, permanecendo com a assembleia o poder deliberativo, dependente da jurisdição para sua implementação nos autos do processo.” BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 116.

Como visto, a assembleia de credores não é instituto novo criado pela Lei de 2005. A grande novidade, com o advento na nova lei, foi a amplitude das prerrogativas conferidas a esse órgão. A principal delas, no processo de recuperação, é a função deliberativa acerca do plano apresentado pela empresa; esta, inclusive, é prerrogativa exclusiva desse órgão – nem mesmo o juiz pode analisar o mérito desse plano – pois a análise do risco da proposta cabe somente àqueles que sofrerão as consequências do sucesso ou do insucesso de sua execução⁴⁷.

A assembleia de credores pode ser obrigatória ou facultativa, o que vai depender das matérias que demandem deliberação. Essas matérias podem ser simplesmente acidentais, facultativas, portanto, quando a instalação da assembleia de credores é motivada por interesse momentaneamente verificado, de cunho geral ou particular a uma categoria de credores, como as hipóteses previstas nas alíneas ‘b’ e ‘f’ do inciso I do art. 35 da LFRE. Ademais, não havendo nenhuma impugnação ao plano de recuperação apresentado, a assembleia geral de credores pode não acontecer, o que demonstra seu caráter facultativo na hipótese⁴⁸.

Por outro lado, a assembleia geral de credores será obrigatória na recuperação judicial quando a instalação do conclave for condição necessária e indispensável à solução de uma questão específica do processo recuperacional⁴⁹. É o caso das hipóteses previstas nas alíneas ‘a’, ‘d’ e ‘e’, do inciso I do art. 35 da LFRE, entre elas o objeto deste trabalho, ou seja, quando a deliberação versar sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial.

Assim, uma vez verificada a necessidade de realização da assembleia geral de credores para o prosseguimento do processo de recuperação, sua convocação será obrigatória. Tal ocorre, por exemplo, quando há impugnação ao plano de recuperação apresentado, caso em que é imperativa a convocação do conclave para manifestação da vontade coletiva dos credores sobre a proposta do devedor.

⁴⁷ CAMIÑA MOREIRA, Alberto. **Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público**. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 253.

⁴⁸ “A Assembleia-Geral de Credores é órgão de funcionamento facultativo. Mesmo na recuperação judicial, se não houver objeção de nenhum credor ao plano apresentado pelo devedor (art. 56, a *contrario sensu*), poderá a Assembleia jamais chegar a ser convocada.” Erasmo Valladão A. e N. França. In: SATIRO JR., F.; PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p. 189.

⁴⁹ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: O novo regime de insolvência empresarial**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 77/78.

3.2 FORMALIDADES NA CONVOCAÇÃO DA ASSEMBLÉIA GERAL DE CREDORES PARA DELIBERAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO

Por meio da convocação, o juízo informa a todos os interessados a ocorrência da assembleia. O chamamento dos credores para deliberarem sobre o plano de recuperação apresentado é ato que, além de seguir as formalidades exigidas, deve ser capaz de chegar ao conhecimento de todos os envolvidos, contendo todas as informações necessárias para a reflexão e preparação dos credores. A observância das formalidades previstas em lei é essencial para o funcionamento regular da assembleia de credores.

3.2.1 Legitimidade para a convocação

A competência para a convocação da assembleia geral de credores é exclusiva do juiz que preside o processo de recuperação. O juiz poderá agir de ofício ou por provocação dos legitimados, a saber, os credores que representem, no mínimo, 25% de cada classe; o Comitê de Credores, se constituído; o devedor e o administrador judicial⁵⁰. A omissão do Magistrado em convocar a assembleia geral de credores legitima os demais a provocá-lo em todas as hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 35 da Lei⁵¹.

O *caput* do art. 36 refere que cabe ao juiz a convocação da assembleia. O art. 56 impõe ao juiz a convocação de ofício da assembleia geral de credores se houver objeção de qualquer credor ao plano de recuperação⁵².

O parágrafo 2º do art. 36 confere aos credores que representem, pelo menos, 25% do total dos créditos de uma determinada classe, a prerrogativa de requerer ao juiz a convocação da assembleia de credores para deliberar acerca de qualquer matéria que lhes interessar. Em que pese a literalidade do referido artigo suscitar a pluralidade de credores, nada obsta que apenas a condição percentual do crédito

⁵⁰ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: O novo regime de insolvência empresarial**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 78.

⁵¹ VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria Falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei nº 11.101/05**. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 126.

⁵² BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 120.

seja critério suficiente para o requerimento⁵³, até porque a interpretação literal é a que menos se aplica à LFRE.

Ao Comitê de Credores, se constituído, também cabe a prerrogativa de requerer a convocação dos credores para a assembleia, sempre que julgar conveniente, conforme assinala o art. 27, inciso I, alínea “e”. Não havendo a constituição do Comitê de Credores, essa atribuição, entre outras, poderá ser exercida pelo administrador judicial, conforme preconiza o art. 28. Ademais, o administrador judicial poderá requerer ao juiz a convocação da assembleia nos casos previstos na Lei ou quando entender necessária sua oitiva para a tomada de decisões, conforme a alínea “g”, do inciso I, do artigo 22.

As despesas expendidas tanto na convocação como na realização da assembleia de credores serão, na recuperação judicial, suportadas pelo devedor quando a convocação for determinada de ofício pelo juiz ou a requerimento da recuperanda. A assembleia obrigatória convocada para deliberar sobre o plano de recuperação, dessa forma, sempre será custeada pelo devedor. Por outro lado, se a assembleia for convocada a pedido dos credores ou do Comitê de Credores, caberá à massa de credores suportar o seu custo (art. 5º, II). Se a iniciativa resultar do administrador judicial nos casos previstos na Lei, a conta será de responsabilidade da recuperanda, salvo se a convocação tiver sido requerida para a tomada de decisões sobre matérias de interesse dos credores⁵⁴, caso em que caberá a estes suportar os encargos decorrentes⁵⁵.

3.2.2 Convocação da assembleia geral de credores

A convocação dos credores é imprescindível, pois as deliberações coletivas vinculam todo o grupo, inclusive os ausentes. Assim, os credores ausentes ou

⁵³ VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria Falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei nº 11.101/05**. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 126.

⁵⁴ “Por óbvio, tais decisões deverão ser relacionadas com problemas estruturais ou de ordem macro, já que é despropositado e sobre a ótica dos custos (...), inviável convocar a AGC todas as vezes que for necessária a tomada de decisão pela existência de um problema qualquer.” ARAGÃO, Leandro Santos de. **Assembleia-Geral de Credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o Direito Societário**. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.280.

⁵⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 120/121.

dissidentes ficarão vinculados às deliberações da assembleia geral de credores, mas, para tanto, deverão ser convocados para que, ao menos formalmente, tenham conhecimento e acesso à formação da vontade coletiva⁵⁶.

A convocação se dá por meio de edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação nas localidades da sede e das filiais da recuperanda. Prevalece na convocação a regra especial do art. 36, *caput*, uma vez que a intenção legislativa é conceder a mais ampla publicidade possível da realização da assembleia geral de credores, devendo ser observado ainda o mandamento do parágrafo único do art. 191 da Lei⁵⁷.

Ainda no *caput* do art. 36 consta que a publicação do edital deve observar a antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data marcada para a realização da assembleia em primeira convocação e de 5 (cinco) dias, contados da data da primeira convocação, para a segunda convocação⁵⁸.

O prazo previsto é de direito material; assim, será contado de acordo com a regra do art. 132, *caput*, do Código Civil, ou seja, excluído o dia do começo e computado o dia do vencimento, que pode ser o da realização da assembleia em primeira convocação. O início e o fim da contagem do prazo podem ocorrer em domingos e feriados – em razão da sua natureza material – até porque a própria assembleia pode ser realizada nesses dias a fim de obter um maior quórum⁵⁹.

No já citado caso da recuperação judicial da VRS Indústria de Laticínios LTDA, a publicação do edital que comunicou a apresentação do plano (art. 53, parágrafo único) se deu de forma concomitante com o edital de convocação para a assembleia geral de credores. A principal proposta de reorganização apresentada pela recuperanda consistia no arrendamento do estabelecimento empresarial e, para que a proposta surtisse os efeitos buscados, urgia o retorno das atividades da empresa, inclusive com autorização dos órgãos competentes para seu funcionamento. A urgência na apreciação do plano no caso concreto impingiu o

⁵⁶ “Não se permite que a maioria delibere e afete ou altere direitos individuais sem conhecimento e possibilidade de discussão pelos interessados atingidos.” SZTAJN, Rachel. **Notas Sobre as Assembléias de Credores na Lei de Recuperação de Empresas**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, v. 12, 2006, p. 306/307.

⁵⁷ FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. In: SATIRO JR., F.;PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p. 199.

⁵⁸ VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria Falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei nº 11.101/05**. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.127.

⁵⁹ FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. In: SATIRO JR., F.;PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005,p.200.

magistrado a dispensar o decurso do prazo para impugnação do mesmo (art. 55), determinando que eventuais impugnações fossem opostas no próprio conclave⁶⁰.

Verifica-se, portanto, que, na prática, a letra fria da lei, inclusive quanto aos prazos, pode ser superada com vistas a permitir a preservação da empresa, mormente quando não há prejuízo aos credores. Outrossim, a publicação de apenas um edital com todas as informações necessárias também se mostrou vantajosa à recuperanda sob o ponto de vista das despesas, já que a Lei exige a publicação dos editais em jornais de grande circulação, o que encarece o processo recuperatório⁶¹.

De resto, conforme ordena o inciso I do art. 36, o edital convocatório deve conter: i) dia, hora e local da assembleia em primeira e segunda convocação; ii) ordem do dia; e iii) local onde se encontre cópia do plano de recuperação judicial, no caso de a ordem do dia for a deliberação sobre este plano.

Quanto ao local, a Lei 11.101 não contém determinação expressa, mas melhor seria se o conclave se realizasse na sede do devedor, se esta comportar o número de credores e não estiver lacrada. Isso evita despesas com aluguel de espaço para realização da assembleia⁶².

A ordem do dia deve ser clara e específica quanto às matérias que serão discutidas na reunião para que os credores possam refletir antecipadamente, tanto a respeito da conveniência de sua presença, quanto sobre o objeto da deliberação, a fim de não serem pegos de surpresa. Por este motivo, a deliberação sobre matéria

⁶⁰ “Acolho a manifestação da administradora judicial, no sentido de determinar, diante das peculiaridades do caso concreto, desde logo, a realização da Assembleia Geral de Credores, sem a necessidade de aguardar o decurso do prazo para eventuais objeções, que poderão ser opostas na própria Assembleia, a realizar-se, em 1ª convocação, no dia 10-12-2013, às 10 horas, e em 2ª convocação, no dia 16-12-2013, às 10 horas, na sede da recuperanda. Expeça-se os editais relativos a relação de credores com as retificações decorrentes das divergências apresentadas e comunicação aos credores e interessados da apresentação do plano de recuperação judicial pela autora, e edital de convocação da assembleia geral, devendo constar os itens específicos de deliberação, consoante sugerido pela administradora judicial, inclusive no que se refere a aceitação de propostas para arrendamento e/ou alienação da unidade produtiva de laticínios. (...)” Nota de Expediente Nº 239/2013, **processo 047/1.13.0002261-3 (CNJ 0005684-46.2013.8.21.0047)**, 1ª Vara da Comarca de Estrela.

⁶¹ Sobre as despesas com a publicação de editais em jornais de grande circulação: “Além de serem extensos, e para tanto basta ver o conjunto de informações que devem constar da peça, o preço cobrado pela imprensa oficial, à falta de competidores, tende a ser mais elevado do que o resultante da publicação em outros periódicos”. SZTAJN, Rachel. In: SATIRO JR., F.;PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005,pp. 260/261.

⁶² FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. In: SATIRO JR., F.;PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p.200.

não constante na ordem do dia exposta no edital convocatório é anulável, segundo Erasmo Valladão⁶³, ou, ainda, é ineficaz perante os credores ausentes.

3.3 INSTALAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES: A IMPORTÂNCIA DO ADMINISTRADOR JUDICIAL

A Lei, no seu art. 37, *caput*, conferiu ao administrador judicial o papel de presidir a assembleia. No entanto, não conta o administrador judicial com previsão legal para interferir na discussão sobre o conteúdo das deliberações, notadamente se esta versar sobre o plano de recuperação⁶⁴. Por se tratar de evento oficial, mas não judicial, o juiz foi afastado dessa prerrogativa; assim, caso o administrador judicial seja declarado impedido, o conclave será presidido pelo credor detentor de maior crédito que estiver presente no encontro⁶⁵. O presidente da assembleia – seja o administrador judicial, seja o credor com maior crédito presente – definirá a escolha do secretário, que poderá ser qualquer credor presente, o qual o auxiliará em suas tarefas⁶⁶.

O secretário controlará a lista de presença e confeccionará a ata da assembleia. A ata poderá ser elaborada de forma sumária e conterá o nome dos presentes e as assinaturas do presidente, do devedor, se comparecer, e de dois membros de cada uma das classes votantes. Por fim, a ata deverá ser entregue ao juiz, juntamente com a lista de presença dos credores, no prazo de 48 horas de sua realização.

Com a assinatura da lista de presença, verifica-se o valor dos créditos presentes e, por conseguinte, se o quórum de instalação foi atingido. Para tanto, consoante o §3º do art. 37, os credores devem assinar a lista de presença até o momento de instalação da assembleia, pois a Lei considera que nesse momento se

⁶³ FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. In: SATIRO JR., F.;PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p. 200-201.

⁶⁴ CAMIÑA MOREIRA, Alberto. **Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público**. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a nova lei de Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 254.

⁶⁵ VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria Falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei nº 11.101/05**. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.127.

⁶⁶ “De acordo com a lei anterior, a assembleia era presidida pelo juiz (art. 122, §2º, do Dec-lei 7.661/1945). A Lei 11.101 delegou essa atribuição ao administrador judicial, que escolherá qualquer um dos credores presentes para secretariá-lo em suas tarefas (leitura da ordem do dia, computo dos votos, lavratura da ata etc.)”. FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. In: SATIRO JR., F.;PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005,p.202.

encerra o livro de presença. Desta feita, passado tal momento, o credor que não assinou a lista, para todos os fins, não poderá participar das deliberações, ou seja, os retardatários não serão considerados presentes⁶⁷.

A regra do art. 37, §2º, prescreve que a instalação do conclave se dará em primeira convocação com a presença dos credores titulares de mais da metade do valor total dos créditos de cada uma das três classes previstas no art. 41. Se esta regra não for atendida, a assembleia de credores não se instalará, devendo aguardar-se, então, cinco dias desta data para abertura dos trabalhos, em segunda convocação, com qualquer quórum.

A interpretação conjugada do art. 37 e dos arts. 39, *caput* e §1º, e art. 43, conduzem à conclusão de que somente serão computados para fins de quórum de instalação os credores mencionados no *caput* do art. 39. Embora qualquer credor possa comparecer ao conclave e discutir as matérias em deliberação, ou seja, ter direito de voz, somente serão computados para fins de quórum aqueles credores que também tiverem direito de voto, ressalvada a hipótese do §3º do art. 45, que se refere aos credores cujo crédito não foi modificado pelo plano⁶⁸.

O §4º do art. 37 permite que o credor seja representado na assembleia por procurador ou representante legal desde que seja exibido ao administrador judicial, em até 24 horas antes da data prevista para a assembleia, o documento hábil comprobatório dos poderes (procuração, contrato social, ata de eleição de diretoria, etc.) ou, em se tratando de mandato judicial, a indicação da folha dos autos do processo em que se encontre, para que o administrador possa conferir o respectivo instrumento e certificar-se da validade da representação⁶⁹.

Esta regra objetiva que, no momento de instalação da assembleia, aqueles que representam os credores já tenham, com antecedência, tomado as medidas necessárias, de forma que a identificação do representante não venha a ser solicitada no momento da instalação, o que criaria tumulto e poderia até mesmo impedir a realização do conclave. Nesse sentido, adverte Bezerra Filho, se não houver a observância dessa identificação prévia, a participação do suposto representante deverá ser impedida mesmo que este apresente documentos com os

⁶⁷ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.122.

⁶⁸ FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. In: SATIRO JR., F.;PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005,p. 204.

⁶⁹ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: O novo regime de insolvência empresarial**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.83.

quais pretenda comprovar a condição alegada⁷⁰. Embora seja importante a advertência do referido doutrinador, certo é que até a apresentação da ata da assembleia em juízo, apenas o administrador judicial tem o controle das representações.

Já foi dito que o administrador judicial preside a assembleia, mas sem a prerrogativa de interferir no conteúdo das deliberações. No entanto, isso não significa que a atuação desse profissional seja restrita, pelo contrário. É do administrador a função de verificar o quórum de instalação e de votação, principalmente através da regularidade dos representantes ali presentes. Neste aspecto, pode-se falar em relativa liberdade⁷¹ do administrador em flexibilizar a formalidade prevista na regra do §4º do art. 37 e adaptar os aspectos formais prescritos na Lei às necessidades do caso concreto.

Ainda em relação à representação, não se pode olvidar do art. 661, §1º do Código Civil, o qual estabelece a necessidade de poderes especiais para alienar, hipotecar, transigir ou praticar atos que exorbitem a administração ordinária. Isso porque alguns desses atos poderão ocorrer na deliberação acerca do plano de recuperação. Assim, a outorga de procuração para representação em assembleia deve conter também a discriminação de poderes especiais⁷².

Por fim, os credores da classe prevista no inciso I, do art. 41, que não estiverem presentes na deliberação, nem tiverem outorgado procuração, poderão ser representados pelo sindicato a que forem associados. Para tanto, o sindicato deverá apresentar ao administrador judicial, até dez dias antes da assembleia, a relação dos associados que pretende representar. O trabalhador associado em mais de um sindicato deve esclarecer, em até vinte e quatro horas antes da reunião, qual o representa, sob pena de não ser representado por nenhum deles. Quanto a este aspecto da representatividade dos trabalhadores, Jairo Saddi, ao avaliar o primeiro ano de vigência da LFRE, assinala que os sindicatos não são os melhores

⁷⁰ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.122.

⁷¹ Utilizou-se o termo “relativa liberdade”, pois o art. 37, §4º estabelece que o mandatário entregue ao administrador judicial documento hábil que comprove seus poderes, destarte até a apresentação da ata da assembleia em juízo, apenas o administrador tem o controle da regularidade da representação, podendo permitir a apresentação do documento posteriormente desde que dentro do prazo de 48 horas (art. 37, §7º). No entanto, esta liberdade é relativa, pois na própria assembleia alguém pode arguir essa irregularidade.

⁷² BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.122.

representantes, e por essa razão melhor seria se a representação em assembleia se desse por meio de comissão eleita pelos próprios empregados⁷³.

Uma vez realizadas todas essas formalidades e verificações, supera-se a fase de instalação da assembleia com o encerramento do livro de presenças e o início da fase dos debates.

3.4 DELIBERAÇÃO NA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES

O mérito das deliberações, no que concerne aos aspectos econômicos, financeiros, administrativos e etc., não está sujeito ao controle jurisdicional. Entretanto, a assembleia de credores, por ser um evento que acontece no âmbito de uma recuperação judicial, não está completamente alheia ao mundo jurídico, pois a Lei prevê regras e condições de diversas naturezas que ainda devem ser observadas para a validade da deliberação.

3.4.1 Condições negativas e positivas de participação na deliberação sobre o plano de recuperação

Para compor o conclave, o credor deve demonstrar sua legitimidade para participação ativa, para o quórum de instalação da assembleia e para a sua habilitação a fim de exercer seu direito de voto. A verificação dessa legitimidade é encerrada no momento da primeira ou da segunda convocação⁷⁴.

Para participar ativamente da deliberação, não basta comprovar o atributo de credor; este é apenas um pressuposto para o exercício do direito de voto, mas só tal pressuposto não basta para esse mister, pois, para votar contra ou a favor do plano de recuperação, é necessário a observância de algumas condições.

⁷³ “Tendo em vista que, em muitos dos casos, os sindicatos, além de não serem verdadeiramente representativos, não conhecem de perto o problema vivenciado pelos trabalhadores, melhor seria a representação por meio de uma comissão eleita pelos próprios empregados da empresa, e não através dos sindicatos.” SADDI, Jairo. **Assembleia de Credores: um ano de experiência da nova lei de falências. Uma avaliação.** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v. 36, 2007, p. 217.

⁷⁴ VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria Falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei nº 11.101/05.** 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.128.

Nem todo credor tem direito de votar na deliberação sobre o plano de recuperação, pois a Lei prevê algumas condições negativas para tanto. Da interpretação do art. 39, §1º e do art. 45, §3º, verifica-se que só pode votar em assembleia o credor que tiver interesse no processo, pelo fato de sofrer as consequências dele. Assim, sendo indiferente ao destino do plano, ou melhor, não tendo o seu crédito sofrido alguma alteração, não há porque o credor se manifestar. Por outro lado, o interesse do credor a ser defendido no conclave não poderá ser confundido com o interesse do devedor, por isso que a LFRE não concede direito de voto aos credores arrolados no art. 43. Disso se pode concluir que, para participar ativamente da assembleia, o credor não pode ter nenhuma vedação para o exercício do seu direito de voto⁷⁵.

Quanto às condições positivas para participação ativa em assembleia que delibera sobre o plano de recuperação, a primeira é integrar a lista de credores juntada no processo à época da assembleia de credores ou ter apresentado tempestivamente a sua habilitação se aquela lista ainda não tiver sido publicada, ou feito o pedido de reserva se o credor retardatário não pode temporariamente habilitar o seu crédito⁷⁶.

Outrossim, para que um credor possa se manifestar em assembleia acerca do plano de recuperação, é necessário que ele integre uma das classes previstas no art. 41⁷⁷. A assembleia é um encontro formal de credores, cuja manifestação deve ser registrada se legitimada pela Lei. O art. 45 da LFRE determina que a contagem dos votos pela aprovação ou não do plano de recuperação será realizada, primeiramente, dentro de cada uma das três classes referidas no art. 41. Desta feita, se um credor não se encaixar em nenhuma dessas classes, ele não poderá alocar a sua manifestação, não tendo, portanto, legitimidade para uma participação pró-ativa no conclave, o que é o caso, por exemplo, da Fazenda Pública, que, por não se submeter ao processo recuperatório, não integra nenhuma das classes arroladas no art. 41.

Por fim, a última condição para participação ativa na deliberação sobre o plano de recuperação é que o credor tenha assinado a lista de presença da

⁷⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.131.

⁷⁶ VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria Falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei nº 11.101/05**. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.129/130.

⁷⁷ *Ibidem*, p.129.

assembleia, conforme manda o art. 37, §3º. Essa condição se dá pela necessidade de organização do evento, para que se possa verificar a regularidade dos votos.

3.4.2 As regras de votação do plano de recuperação e a disparidade entre as classes

Assembleias são mecanismos de deliberação em que se reúnem as pessoas que tenham interesse comum em dada matéria, interesse que poderá ser afetado e que, conforme o resultado das declarações individuais da maioria delas em certa direção, é aceito ou rejeitado. O voto, declaração individual do membro do colégio, se soma ao dos demais membros e forma a deliberação⁷⁸.

A regra geral de contagem de votos na assembleia geral que delibera sobre o plano de recuperação está prevista no art. 45 da Lei. A regra contida no *caput* é de que a proposta seja necessariamente aprovada nas três classes previstas no art. 41⁷⁹. A votação, portanto, terá um curso especial, sendo realizada dentro de cada classe em particular, daí a já citada afirmação de existência de sub-assembleias ou instâncias de deliberação dentro da assembleia geral.

O legislador optou por condicionar a votação do plano às diferentes classes de credores com objetivo de evitar a manipulação do resultado do conclave pelos credores com maior crédito⁸⁰. Isso porque, pela regra imposta, se presume que cada classe tenha interesses convergentes, podendo assim exercer pressão sobre as demais classes, obrigando os credores a um consenso para a recuperação da empresa em crise, sem que isso sacrifique excessivamente os credores titulares de uma determinada classe⁸¹.

Entretanto, essa convergência de interesses pressuposta pela Lei pode não ser verificada no caso concreto, pois dentro de cada classe pode haver situações específicas que diferenciam o interesse dos credores agrupados⁸².

⁷⁸ SZTAJN, Rachel. **Notas Sobre as Assembléias de Credores na Lei de Recuperação de Empresas**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, v. 12, 2006, p. 305.

⁷⁹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 131/132.

⁸⁰ *Ibidem*, p.132.

⁸¹ *Ibidem*, p.132.

⁸² “Não menos pior é a decisão de agrupar credores titulares de privilégios – geral ou especial – com quirografários e subordinados. Credores titulares de alguma garantia ou privilégio, nos termos do Código Civil, são aqueles que podem exercer suas pretensões sobre bens determinados ou anteriormente aos demais. Quirografários são os credores sem qualquer garantia ou prioridade;

Na própria classe dos credores trabalhistas, por exemplo, essa convergência pode não existir. Aqueles trabalhadores que não tem dificuldades em encontrar outro empregador podem faltar à reunião; aqueles que tenham mais dificuldade de encontrar outro posto de trabalho, seja por conta de especialização, seja por faixa etária ou outro fator, comparecerão e estarão mais propensos a aceitar condições que não interessem aos primeiros⁸³. Daí a crítica de Rachel Sztajn à desconsideração de recursos da economia na elaboração da Lei, cujo regramento de votação poderá conduzir a resultados inesperados e indesejáveis⁸⁴.

Críticas à parte, o regramento da Lei prevê que cumulativamente as três classes previstas no art. 41 deverão aprovar o Plano. Nessas três classes a Lei aceita a maioria simples de votos, porém, de forma diferenciada⁸⁵.

3.4.2.1 A classe I do art. 41: credores trabalhistas

A primeira classe da assembleia, expressa no inciso I do art. 41, é composta pelos titulares de crédito derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho. A Emenda Constitucional n. 45/2004, na medida em que ampliou a competência da Justiça do Trabalho também deu azo à interpretação extensiva do referido inciso I. Isso porque são titulares dos “créditos derivados da legislação do trabalho” não só os credores provenientes de relação de emprego, mas também de qualquer relação de trabalho, como os representantes comerciais e os empregados terceirizados. Novamente se verifica a possibilidade de inexistência de convergência de interesses pressuposta pela Lei, o que pode gerar conflitos⁸⁶.

subordinados são os últimos da fila e que só recebem depois de pagos os quirografários. Ter em mente essa ordem de prioridades serve para demonstrar que os interesses são, entre eles, credores, bastante heterogêneos.” SZTAJN, Rachel. **Notas Sobre as Assembléias de Credores na Lei de Recuperação de Empresas**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, v. 12, 2006, p. 309/310.

⁸³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 308.

⁸⁴ *Op. Cit.*, p. 299.

⁸⁵ VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria Falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei nº 11.101/05**. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.140.

⁸⁶ “Desse modo, partindo-se do pressuposto de que pessoas que não mais trabalham ou mesmo que nunca tiveram vínculo empregatício com a empresa devedora não tenham real interesse em sua recuperação, podemos concluir que a tomada de decisões dentro dessa classe de credores pode apresentar alguns obstáculos, principalmente no tocante ao eventual conflito de interesses entre aqueles que visam somente liquidar os ativos e os que objetivam a reestruturação da empresa em dificuldades. Por serem os primeiros a ter seu crédito recuperado no caso de falência e por votarem com base no número de cabeças, não no crédito envolvido, muitos dos credores terão privilégios se forem qualificados na classe trabalhista.” SADDI, Jairo. **Assembleia de Credores: um ano de**

Quanto à contagem dos votos, na classe prevista no inciso I do art. 41, o plano é aprovado pelo voto favorável da maioria simples dos credores presentes. O voto, portanto, é por cabeça e independente do valor do crédito.

Na recuperação judicial, diferentemente do processo liquidatório⁸⁷, não existe uma hierarquia vertical no pagamento dos créditos, bem como não há qualquer limite legal no valor a ser pago, em razão do princípio da negociação que prepondera no regime recuperatório⁸⁸. Igualmente, inexistente limite de crédito para fins de voto, ou melhor, para aferimento de quóruns de instalação e deliberação.

A aprovação do plano pela maioria simples dos credores trabalhistas presentes já é suficiente para determinar a aprovação do plano pela classe I, o que não ocorre nas demais classes, como se verá.

3.4.2.2 Demais credores: classes II e III do art. 41

Em cada uma das demais classes – a dos titulares de créditos com garantia real e a dos créditos quirografários, com privilégio especial, geral ou subordinados – o plano de recuperação deverá ser aprovado por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à votação e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes, contabilizando-se os votos por cabeça também.

Nessas classes, portanto, haverá duas contagens de votos: por crédito (qualitativo) e por credores (quantitativo). Nesse sentido, em tese, a rejeição do plano em apenas uma contagem implica rejeição pela classe e, conseqüentemente, rejeição do plano na assembleia geral de credores⁸⁹ e a convalidação da recuperação judicial em falência, já que o *caput* do art. 45 exige aprovação unânime das três classes.

experiência da nova lei de falências. Uma avaliação. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 36, 2007, p. 216.

⁸⁷ “Pois, no regime liquidatório, de acordo com o art. 83, o quadro geral de credores na falência, além de ser hierarquizado, impõe para os créditos trabalhistas decorrentes da legislação do trabalho e um limite de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos para pagamento desses direitos na classe trabalhista. O que exceder esse valor, ainda assim será habilitado e pago na falência, porém não na classe trabalhista, mas na classe quirografária.” VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria Falimentar e regimes recuperatórios**: estudos sobre a Lei nº 11.101/05. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.134.

⁸⁸ *Ibidem*, p.134.

⁸⁹ *Ibidem*, p.141.

A dupla contagem dos votos nessas duas classes, por certo, dificulta a aprovação do plano de recuperação, mas ao mesmo tempo colabora para aferição da real intenção da maioria dos credores e evita o abuso de posição dominante por parte de algum credor⁹⁰. De qualquer forma, a lei ainda faculta ao devedor a possibilidade do juiz impor o plano de recuperação desde que na mesma assembleia reunida para apreciá-lo seja atingido o quórum alternativo previsto no art. 58, §1^o⁹¹, o que será tratado no item 4.2.1 deste trabalho.

Por outro lado, há quem defenda que a classe prevista no inciso II, relativa aos créditos com garantia real, refere-se, basicamente, aos credores bancários. O legislador teria criado uma classe exclusiva para os credores de crédito com garantia real com intuito de uma maior interação dos bancos ao processo de recuperação não só por meio de novos empréstimos (já que estes são necessários a manutenção das atividades empresariais), mas também na tomada de decisões. Tal intenção se deve à influência do sistema de recuperação na macroeconomia nacional, porque, em tese, a maior proteção desse tipo de crédito representa maior incentivo aos investidores e conseqüente redução da taxa de juros para todo o mercado⁹².

Ainda sobre os credores bancários, merece destaque o §2^o do art. 41, o qual dispõe que os titulares de créditos com garantia real votam na segunda classe de credores somente até o limite do valor do bem gravado, o valor remanescente à garantia confere direito de voto na terceira classe de credores, a classe dos credores quirografários. Verifica-se, portanto, que os credores titulares de crédito com garantia real podem influenciar no resultado do conclave em duas classes distintas, podendo, inclusive, determinar o destino da empresa. Essa disparidade entre as classes de credores e sua influência na decisão da assembleia, segundo Bezerra Filho, deve-se às pressões das instituições financeiras, a partir do ano 2000, quando

⁹⁰ “Se um credor titular de valor elevado representar parcela significativa do total de créditos presentes (60%), sua manifestação estará subordinada à aprovação dos demais credores, titulares da minoria dos créditos, mas que representam maior número de pessoas.” SZTAJN, Rachel. **Notas Sobre as Assembléias de Credores na Lei de Recuperação de Empresas**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, vol. 12, 2006, p. 308.

⁹¹ CAMIÑA MOREIRA, Alberto. **Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público**. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 252.

⁹² SADDI, Jairo. **Assembleia de Credores: um ano de experiência da nova lei de falências. Uma avaliação**. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 36, 2007, p. 218.

da elaboração da Lei, as quais teriam transformado a “Lei de Recuperação de Empresa” em “Lei de Recuperação do Capital Financeiro”⁹³.

Quanto à terceira classe de credores, a ausência de homogeneidade decorrente de sua constituição (titulares de créditos quirografários, créditos com privilégio especial, privilégio geral ou créditos subordinados), também pode dificultar a formação de uma vontade comum e a convergência de votos em determinado sentido. Revela-se desigual o risco de não recebimento do crédito que enfrentam os credores quirografários, de um lado, e os titulares de créditos especial ou geral de outro⁹⁴: os credores quirografários, por não terem qualquer expectativa de terem seus créditos atendidos em caso de falência, estão mais abertos à proposta do devedor que os credores titulares de crédito especial ou geral, por exemplo, que gozam de preferência na falência. Assim, mais uma vez se observa a ausência de convergência de interesses pressuposta pela Lei.

3.4.3 O destino da empresa recuperanda e a vontade dos credores

Como dito, somente aos credores cabe a prerrogativa de análise do mérito do plano de recuperação. Este nada mais é que uma proposta de novação das obrigações do devedor, a qual pode alterar substancialmente os créditos daqueles que negociaram, espontaneamente ou não, com a empresa agora em crise.

O interesse individual dos credores é o recebimento de seus créditos de acordo com o princípio da *pars conditio creditorum*; no entanto, dessa gama de interesses individuais pode surgir um interesse coletivo ou comum⁹⁵. Em que pese a experiência da assembleia geral de credores demonstrar a ineficiência⁹⁶ da divisão

⁹³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.48.

⁹⁴ ULHOA COELHO, Fábio. **Comentários a nova lei de falências e de recuperação de empresas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 107.

⁹⁵ FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. In: SATIRO JR., F.; PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p.188.

⁹⁶ “A primeira lição relaciona-se à eficiência da divisão fixa de classes estabelecida pelo legislador. Na prática, nem sempre é possível observar um agrupamento de pessoas com interesses divergentes conseguir convergi-los. Isso pode atrapalhar, em muito, as deliberações dentro das classes de credores. O processo de entendimento entre os credores visando a harmonização dos interesses antagônicos, com a finalidade de aprovar, modificar ou rejeitar o plano de recuperação e definir algumas matérias que afetem os interesses dos credores, nem sempre propicia resultados rápidos e essenciais. Aliás, ao contrário, a experiência da assembleia se mostrou extremamente incerta quanto à convergência de tais objetivos”. SADDI, Jairo. **Assembleia de Credores: um ano de experiência da nova lei de falências. Uma avaliação**. In Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 36, 2007, p. 219.

dos credores em classe para a deliberação, certo é que a vontade desses agentes econômicos envolvidos no processo é o que prepondera. Contudo, a pretensão dos credores só será considerada válida se seguir o procedimento estabelecido na Lei.

A assembleia geral convocada para deliberar sobre a proposta do devedor, desta feita, é o encontro em que é recolhida, de modo formal, a vontade geral dos credores⁹⁷. Nesse sentido, a assembleia geral de credores é o órgão que expressa a vontade coletiva da comunhão de credores⁹⁸, cujo resultado, segundo entendimento unânime da doutrina, se for válido e respeitar as normas de ordem pública, vinculará o juiz⁹⁹, que homologará a deliberação dos credores e tomará as providências cabíveis.

Nesse sentido, pode-se dizer que são os credores, e não o Poder Judiciário, que concedem a recuperação judicial ao devedor. E como a assembleia expressa a vontade coletiva desses agentes, o vetor dessa multiplicidade de interesses determinará o resultado do conclave entre as múltiplas possibilidades previstas na Lei, as quais serão descritas no próximo capítulo.

⁹⁷ CAMIÑA MOREIRA, Alberto. **Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público**. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 252.

⁹⁸ FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. In: SATIRO JR., F.; PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p.188.

⁹⁹ *Op. Cit.*, p. 252.

4 RESULTADOS DA ASSEMBLEIA DE CREDORES QUE DELIBERA SOBRE O PLANO DE RECUPERAÇÃO

A assembleia geral de credores é o órgão posto pela Lei em que é aferida a vontade vetorial dos credores, observadas as regras formais para a validade do conclave. Essa vontade vetorial dos credores será a base para a decisão judicial de deferimento ou não do regime de recuperação judicial à devedora.

Neste capítulo, serão estudados os resultados materiais da deliberação assemblear sobre o plano de recuperação juntamente com os fatores que influenciam a resolução vetorial da vontade dos credores.

A assembleia que delibera sobre a proposta do devedor pode aprovar o plano de recuperação quando atingido o quórum estabelecido em Lei, assim como pode modificá-lo quando suas determinações não convencerem a maioria necessária para a aprovação, ou provocar a imposição do plano judicialmente aos credores dissidentes. O plano de recuperação também pode ser rejeitado pela maioria dos credores, hipótese que nem sempre decorre de sua inviabilidade.

4.1 APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO

A recuperação judicial é um instituto por meio do qual a empresa em crise pressiona os seus credores a se sujeitarem a um plano que, com concessões de ambas as partes, consiga de um lado preservar a sua atividade e os interesses diretamente relacionados a ela e, de outro lado, em uma perspectiva mais ampla, consiga proteger o “crédito” ou a sua circulação. O objetivo principal de uma empresa que ajuíza um pedido de recuperação judicial é a aprovação de um plano de recuperação, pois se busca evitar que uma crise financeira que, a princípio, é superável, se agrave e leve a empresa a falência.

O art. 53 da LFRE determina que o devedor deve apresentar um plano de recuperação no prazo de sessenta dias a contar da publicação da decisão que defere o prosseguimento do seu pedido de recuperação judicial. Qualquer credor, independente do valor do seu crédito, pode objetar o plano apresentado, e na ocorrência disso o juiz é obrigado a convocar a assembleia de credores, conforme

expressamente prevê o art. 56. Por outro lado, consoante o *caput* do art. 58, se o plano apresentado não for objetado, o juiz concederá a recuperação judicial.

A concessão da recuperação judicial no caso do *caput* do art. 58 não resulta da deliberação do plano pelos credores em assembleia, mas sim da aceitação tácita da proposta pelos legitimados. Como o objeto deste trabalho é a formação da vontade coletiva dos credores sobre o plano de recuperação, este item se aprofundará no estudo da aprovação do plano na assembléia geral de credores, a qual também é prevista no *caput* do art. 58 como pressuposto para a concessão do regime de recuperação judicial pelo Poder Judiciário.

Para que o plano de recuperação seja aprovado na assembleia de credores devem ser observadas as regras de contagem dos votos previstas no art. 45 da LFRE. A fim de evitar tautologia, reporta-se ao item 3.4.2 supra, em que já foram descritas as formalidades que regem a deliberação no conclave.

Indubitável que se o valor da empresa for maior na reorganização de sua atividade do que na liquidação de seus ativos, então a todos interessará a primeira opção¹⁰⁰.

Essa aceitação do credor à proposta apresentada na recuperação judicial, entretanto, não se dá de forma espontânea. Não se trata de vício de vontade, mas de constatação lógica: uma vez submetido ao processo de recuperação judicial, o credor é pressionado a optar entre a possibilidade de receber valores inferiores ao crédito inicial e a possibilidade de não receber valor algum, pois com a rejeição do plano a recuperação pode ser convolada em falência.

De qualquer forma, aceito o plano de recuperação em todas as três classes de credores previstas no art. 41, pelo quórum legalmente estabelecido, caberá ao

¹⁰⁰ “Se o valor da reorganização superar o da liquidação, interessa a todos, devedor e credores. Ao devedor interessa apresentar um projeto viável de reorganização demonstrando que sua aprovação, nada obstante possa ser reduzida a capacidade produtiva, a recuperação da saúde econômico-financeira, fim específico, será concretizada. Por isso, interessará aos credores aprovar o projeto apresentado pelo devedor; eventualmente, algum deles terá proposta mais eficiente – a custo menor e de forma menos onerosa – chegar a resultado equivalente e, por isso, poderá propor projeto de reorganização do negócio diferente ou sugerir ajustes ao projeto do devedor, o que interessa a todos. Terceiros, não credores, também podem propor planos de reorganização que satisfaçam interesses dos credores e do devedor.” SZTAJN, Rachel. **Notas Sobre as Assembléias de Credores na Lei de Recuperação de Empresas**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, v. 12, 2006, p. 315.

juiz a homologação do mesmo. O pronunciamento judicial, materialmente, está vinculado a essa decisão, não podendo desprezar a vontade dos credores¹⁰¹.

Ao juiz também não é permitido apreciar o mérito do plano aprovado, se ele é bom ou ruim¹⁰²; entretanto, o controle de legalidade ainda é inerente à atividade jurisdicional. Desta feita, o juiz poderá não homologar o plano aprovado em caso de o mesmo conter violação a normas de ordem pública ou violação de princípios gerais do Direito, as quais a prática forense tem demonstrado não serem hipóteses meramente acadêmicas¹⁰³. Portanto, a sentença que concede a recuperação judicial não se equipara a uma decisão meramente homologatória da vontade das partes¹⁰⁴.

Não havendo cláusulas ilegais ou contrárias ao Direito no plano aprovado em assembleia, o juiz concederá a recuperação judicial à devedora.

Aprovado e homologado o plano de recuperação, este obrigará todos os credores do devedor sujeitos à recuperação judicial, inclusive os ausentes e os vencidos pelo voto da maioria. O plano homologado altera as relações jurídicas havidas entre devedor e credores, podendo modificar as condições inicialmente

¹⁰¹ CAMIÑA MOREIRA, Alberto. **Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público**. In Direito Falimentar e a nova lei de Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 253.

¹⁰² **Ementa:** Agravo. Recuperação judicial. Plano aprovado pelas três classes de credores pelo quorum previsto no art. 45 da Lei nº 11.101 /2005. Aprovado o plano pela Assembleia-Geral de Credores o juiz não pode deixar de conceder a recuperação judicial por entender que o plano de recuperação não tem consistência econômico-financeira. Soberania a Assembléia de Credores para aprovar ou rejeitar o plano de recuperação. Agravo não provido. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n. 0198774-30.2010.8.26.0000. Agravante: F5 Networks Inc. Agravado: L W S Comercio e Serviços Ltda. Relator Desembargador Pereira Calças. São Paulo, 01 jan. 2011. Acesso em 22.03.2014.

¹⁰³ Nesse sentido havia defendido Camiña Moreira: “Talvez uma hipótese acadêmica seja a de assembleia de credores aceitar um plano que contenha violação de normas de ordem pública ou violação dos bons costumes. Enfim, um plano teratológico. Nessa hipótese poder-se-ia compreender uma intervenção judicial para superar a vontade dos credores e restabelecer a normalidade. Mas isso é difícil de ocorrer; a relação jurídica em discussão na assembleia de credores é obrigacional: débito-crédito, com pouca margem para incidência de teratologia.” *Op. Cit*, p. 254. No entanto, não raras são as decisões que determinam a apresentação de novo plano de recuperação quando constatadas violações, como exemplifica a seguinte ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PLANO DE RECUPERAÇÃO. NULIDADE DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES. CABIMENTO. DETERMINAÇÃO DE APRESENTAÇÃO DE OUTRO PLANO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A Assembleia Geral de Credores só é reputada soberana para a aprovação do plano se este não violar os princípios gerais de direito, os princípios e regras da Constituição Federal e as regras de ordem pública da Lei 11.101/2005. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n. **0154311-66.2011.8.26.0000**. Agravante: Bernese Administração e Participações Ltda. Agravado: Lommel Empreendimentos Comerciais S/A. Relator o Des. Pereira Calças. São Paulo, 24 jan. 2012. Acesso em: 22.03.2014.

¹⁰⁴ MUNHOZ, Eduardo S. In: SATIRO JR., F.; PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p. 293.

contratadas e até mesmo a própria natureza dessas relações¹⁰⁵. Chega-se, então, à segunda fase do processo de recuperação judicial: a execução e cumprimento do plano no prazo de dois anos¹⁰⁶.

O art. 59 da LFRE consigna que a aprovação do plano de recuperação implica novação dos créditos a ele submetidos, anteriores ao pedido de recuperação, sem prejuízo das garantias reais existentes sobre bens, os quais somente poderão ser liberados ou substituídos com expressa anuência do titular da garantia, consoante o art. 50, §1º. A novação, neste caso, refere-se, como exposto no título do capítulo, aos efeitos da aprovação do plano em assembleia-geral de credores e não ao meio próprio de recuperação previsto no art. 50, IX da LFRE.

A novação é modalidade de extinção de uma antiga obrigação sem o seu direto cumprimento, formando-se outra obrigação para substituí-la¹⁰⁷. O art. 360 do Código Civil expõe as espécies de novação, a qual pode ser objetiva quando o devedor contrai uma nova dívida com o credor para extinguir e substituir a anterior, ou subjetiva quando novo devedor sucede o antigo, não restando qualquer obrigação deste com o credor e vice-versa.

A novação expressa na Lei 11.101/05, no entanto, é um pouco diferente daquela prevista no Código Civil, mas não só pela ressalva das garantias reais. Isso porque, nos dois anos subsequentes à homologação do plano, segundo alguns autores, os credores a ele submetidos não estão autorizados a exigir, por conta própria, as suas respectivas obrigações nos termos em que repactuadas no plano, mesmo no caso de descumprimento deste. Seguindo essa linha, apenas a comunhão de credores, representada pelo administrador judicial ou pelo Comitê de Credores, é que poderia se insurgir contra o descumprimento do plano, não havendo que se falar em execução individual, mas apenas concursal¹⁰⁸.

É verdade que a execução individual não tem espaço no âmbito da recuperação judicial, sendo a *par conditio creditorum*, princípio que não pode ser

¹⁰⁵ MUNHOZ, Eduardo S. In: SATIRO JR., F.; PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p. 290.

¹⁰⁶ “A Lei divide o processo de recuperação em duas fases distintas: (i) a de negociação e de aprovação do plano; e (ii) a de execução e de cumprimento do plano no prazo de até 2 anos.” *Ibidem*, p. 296.

¹⁰⁷ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: O novo regime de insolvência empresarial**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 152.

¹⁰⁸ NUNES, Marcelo G. e BARRETO, Marco Aurélio F. **Alguns apontamentos sobre comunhão de credores e viabilidade econômica**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). **Direito Societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 321.

olvidado. No entanto, isso não impede que, em ocorrendo o descumprimento do plano nos dois anos subsequentes à homologação, qualquer credor comunique o fato ao juízo.

Se a recuperanda descumprir qualquer obrigação vencida nesse prazo de dois anos, sua falência poderá ser decretada incidentalmente, de ofício, pelo juiz (art. 73, IV). Com a declaração incidental da falência, as obrigações retornam ao *status quo ante*, ou seja, os direitos e garantias dos credores serão reconstituídos, se possível, às condições originais, deduzidos valores porventura já pagos e ressalvados os atos válidos praticados durante o regime de recuperação judicial.

Por outro lado, passado esse período de dois anos, o juiz decretará o encerramento da recuperação judicial por sentença, e os credores poderão exigir de forma independente e direta o cumprimento da obrigação estabelecida no plano (art. 62), inclusive podendo requerer a falência da devedora com fundamento no art. 94¹⁰⁹, o que constituirá um novo processo sem qualquer tipo de prevenção¹¹⁰.

4.2 REJEIÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO POR PARTE DOS CREDORES

Outro possível resultado da assembléia geral de credores que delibera sobre o plano de recuperação é a rejeição deste por parte dos credores.

O *caput* do art. 45 estabelece que o plano de recuperação deve ser aprovado em todas as classes de credores referidas no art. 41. Nas classes mencionadas nos incisos II e III, assim como na do inciso I, a proposta do devedor é aprovada pelo voto da maioria simples dos presentes na assembleia, mas naquelas duas classes (incisos II e III) há uma dupla contagem de votos, considera-se tanto o valor do crédito quanto o número de credores presentes.

Como já dito, a pretensão do legislador, com essa dupla contagem dos votos, era evitar o uso de posição dominante por parte de algum credor ou credores¹¹¹. Essa previsão dificulta a aprovação do plano de recuperação, pois a assembleia

¹⁰⁹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.179.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 182.

¹¹¹ “Se um credor titular de valor elevado representar parcela significativa do total de créditos presentes (60%), sua manifestação estará subordinada à aprovação dos demais credores, titulares da minoria dos créditos, mas que representam maior número de pessoas.” SZTAJN, Rachel. **Notas Sobre as Assembléias de Credores na Lei de Recuperação de Empresas**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, v. 12, 2006, p. 308.

pode resultar na rejeição “parcial” do plano, nas mais variadas conjecturas: dentro de determinada classe, o plano pode ser aprovado pelo número de credores presentes, mas reprovado na contagem de votos pelo montante do crédito, e o contrário também é possível. Assim, o plano pode ser rejeitado por uma maioria dentro das três classes, o que já é suficiente para ensejar a reprovabilidade do plano, pois o art. 45 exige unanimidade entre as classes.

No entanto, a Lei confere duas alternativas para solucionar esse “impasse”: a imposição do plano aos credores dissidentes, observando-se alguns requisitos, e a modificação do plano a fim de angariar a aprovação da maioria necessária em nova votação.

4.2.1 Imposição do plano aos credores dissidentes

O §1º do art. 58 da LFRE confere ao juiz a possibilidade de conceder a recuperação judicial a uma empresa cujo plano não tenha sido aprovado em assembleia na forma do art. 45, desde que preenchidos determinados requisitos. Desta forma, pela letra da Lei, a superação da rejeição parcial, que pode resultar na rejeição do plano, não depende de fatores relacionados à efetiva possibilidade de recuperação da empresa, mas se baseia apenas na obtenção da maioria de votos favoráveis¹¹².

A possibilidade de o juiz impor aos credores discordantes o plano rejeitado na assembleia, mas aceito por uma maioria, é chamada, pelos operadores do Direito norte-americano¹¹³, de *cram down*. Daí porque o quórum alternativo previsto no art. 58, §1º, ser apelidado de “cram down brasileiro”.

¹¹² “Dentro das diversas propostas debatidas no Congresso brasileiro, prevaleceu a que mitigava o poder do juiz de contrariar a vontade manifestadas pelos credores em assembleia. Logo, a imposição do plano rejeitado pelos credores em assembleia não se constitui em um ato de vontade absoluta do juiz, mas vinculado a alguns critérios objetivos. Somente com a presença de todos esses requisitos, poderá o juiz examinar, de forma subjetiva, se a empresa é estrategicamente importante no contexto social.” VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria Falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei nº 11.101/05**. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 172.

¹¹³ “It’s not the Bankruptcy Code that uses the frase “cram down”. Neither cram down nor cramdown appears anywhere in Bankruptcy Code. Rather it is the bankruptcy lawyer, judges and law professor who have come to use the term cram down to describe court approval of a plan provision that affects changes in the payment of a claim holder objects to”. ESPTEIN, David G. *apud* CAMIÑA MOREIRA, Alberto. **Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público**. In Direito Falimentar e a nova lei de Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 257.

Para a ocorrência do “cram down brasileiro”, a LFRE requer o preenchimento dos quatro requisitos expressos no art. 58. O primeiro deles é que os titulares dos créditos de mais da metade do montante total presente na assembleia de credores, independente de classe, tenham aprovado o plano (inciso I). Para aferir esse quórum basta considerar a totalidade do crédito votante no conclave e a totalidade da quantidade de crédito votante favorável ao plano – se esta constitui mais de 50% da primeira, está cumprido o primeiro requisito.

O segundo requisito, expresso no inciso II, exige que duas das classes previstas no art. 41 tenham aprovado o plano, nos moldes do art. 45. No caso de existir apenas duas classes votantes, a aprovação de uma delas é suficiente para considerar-se completo esse requisito.

O terceiro requisito é que a rejeição por uma das classes não seja expressiva¹¹⁴. O inciso III requer o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores da classe que rejeitou o plano, observando-se o quórum de votação previsto nos parágrafos 1º e 2º do art. 45. Então, pela literalidade da Lei, se apenas 1/3 (um terço) ou menos aprovarem o plano, este não teria como ser imposto pelo juiz.

No parágrafo segundo do art. 58 há, ainda, o quarto requisito, o qual estabelece que o plano em vias de ser imposto não pode implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado. Essa disposição tem como fim evitar o conluio entre devedor e credores majoritários, em prejuízo de credores minoritários¹¹⁵.

Pode-se dizer que este seja o ponto que mais exige participação do juiz no processo de recuperação, embora ainda de forma mitigada porque, segundo Alberto Camiña, o “*cram down* brasileiro é legalista, fechado, e não dá margem ao juiz para imposição do plano que possa recuperar a empresa a despeito da discordância dos credores”¹¹⁶.

O autor denuncia que na Lei não há margem para discricionariedade por parte do juiz, pois não contém conceitos indeterminados que possam ser livremente

¹¹⁴ CAMIÑA MOREIRA, Alberto. **Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público**. In Direito Falimentar e a nova lei de Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 258.

¹¹⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.178.

¹¹⁶ *Op. Cit.*, p. 258.

interpretados, o que seria um “convite à ilegalidade”. Ademais, o promotor assinala que, em que pese a grandiloquência dos objetivos expostos no art. 47, “parece que a lei não conta com o juiz para que sejam eles alcançados”¹¹⁷. A esta corrente também filia-se Eduardo Secchi Munhoz¹¹⁸.

Por outro lado, deve ser destacado que a análise subjetiva do juiz acerca do desempenho da função social da empresa é possível, mas apenas se cumulado ao preenchimento de todos os requisitos objetivos¹¹⁹. Ou seja, por mais relevante que seja a função social exercida pela empresa recuperanda, ela não tem o condão de se sobrepor aos critérios objetivos prescritos em lei. Ademais, o art. 58 contém a expressão “poderá conceder”, do que se pode concluir que mesmo com o preenchimento dos requisitos objetivos o juiz não está adstrito a conceder a recuperação judicial, daí a importância da avaliação da função social da empresa¹²⁰.

No entanto, em que pese as críticas serem fundamentadas, na prática elas não se confirmam. De fato, vários julgados têm superado a limitação dos requisitos do “cram down brasileiro” e concedido a recuperação judicial com base em interpretação principiológica e sistemática da Lei¹²¹.

¹¹⁷ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 259.

¹¹⁸ “A corrente que parece majoritária, à qual me filio, sustenta que nesta decisão (concessão da recuperação judicial) não cabe ao juiz nenhuma margem de discricionariedade ou, em palavras mais precisas, não há na lei, quanto a esse aspecto, conceitos abertos (chamados conceitos indeterminados) que confiram ao juiz margem ampla de interpretação para a emissão dos respectivos juízos de legalidade.” MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo, v. 36, 2007, p. 188.

¹¹⁹ VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria Falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei nº 11.101/05**. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 173.

¹²⁰ “A definição, na Lei, da utilização da expressão verbal “poderá conceder” faz concluir que o magistrado não está obrigado a implantar o regime recuperatório pela simples existência dos requisitos. Esses são, apenas, pressupostos para uma avaliação subjetiva que o magistrado irá realizar relativa à repercussão do decreto falimentar e da decisão de preservação da empresa.” *Ibidem*, p.173.

¹²¹ “Em outras palavras, consagraria o ‘abuso da minoria’, isto é, daquele credor, já com garantia real suficiente e que, por isso mesmo, em atitude egoística, desaprovasse a recuperação judicial da empresa, em benefício de todos os outros credores das duas outras classes. Não se pode admitir validade à rejeição de plano por credor único em determinada classe, apesar dos critérios limitados do *cram down* da lei brasileira, sob pena de configurar-se abuso no exercício do direito de votar o plano na assembleia-geral sempre que privilegiasse posições excessivamente individualistas, em detrimento dos demais interesses em jogo. (...) o voto, assim manifestado por essa classe de credores, seria claramente incompatível com a função pública do instituto da recuperação de empresa. (...) penso que o juiz não está impedido de aplicar o princípio maior previsto no art. 47, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n. 0342925-26.2009.8.26.0000.

Aliás, há quem defenda a interferência jurisdicional quando os objetivos da Lei são desviados¹²². Para tanto, necessária a existência de regras procedimentais capazes de concretizar o princípio insculpido no art. 47 e de organizar os interesses envolvidos. Não se trata, portanto, de conceder total discricionariedade ao julgador, mas sim de determinar instrumentos que permitam a sua interferência, mas que ao mesmo tempo a limitem.

Esses instrumentos podem ser buscados na legislação recuperacional de outros países, principalmente dos Estados Unidos, em que o *Bankruptcy Code* prevê a possibilidade de o juiz superar o veto imposto por alguma classe de credores, desde que não implique discriminação injustificada e que seja justo e equitativo¹²³.

4.2.2 A intervenção judicial no “*cram down*” norte-americano

A lei falimentar norte-americana também apresenta requisitos para a concessão da recuperação judicial, a despeito da rejeição do plano de recuperação por alguns credores em assembleia, os quais vão além do estabelecimento de quóruns alternativos. O *cram down*, previsto no capítulo 11 (onze) da lei falimentar estadunidense vai além, pois se preocupa com a razoabilidade e viabilidade do plano, bem como com o interesse das partes¹²⁴.

Agravante: Banco do Brasil S.A. Agravado: NTL Têxtil Ltda. Relator Des. Romeu Ricupero. São Paulo, 18 ago. 2009. Acesso em: 22.03.2014.

“Direito empresarial. Recuperação judicial. Homologação do plano apresentado pelo Administrador Judicial. Insurgência do credor. Alegação de que o plano de recuperação foi rejeitado pela assembleia de credores e viola o princípio “*pars conditio creditorium*”. O art. 58, § 1º, da Lei nº 11.101/2005 faculta ao magistrado homologar plano de recuperação judicial, ainda que sem a aprovação dos credores na forma do art. 45 da referida Lei, desde que preenchidos alguns requisitos. No caso, ponderando-se os interesses em conflito, quais sejam, a viabilidade de recuperação da sociedade empresarial e o tratamento diferenciado que seria dispensado aos credores que oferecessem novas linhas de crédito à sociedade recuperanda, há de prevalecer o plano de recuperação, de modo a assegurar o princípio da preservação da empresa e o cumprimento da sua função social, sendo este o objetivo primordial da nova lei de falências. Desprovemento do recurso primeiro recurso e perda do objeto do segundo”. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n. **0030584-65.2011.8.19.0000**. Agravante: International Paper do Brasil Ltda. Agravado: Companhia T Janer Comercio e Industria. Relator Des. Nagib Slaibi. Rio de Janeiro, 19 out. 2011. Acesso em 22.03.2014.

¹²² MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo, v. 36, 2007, p. 189.

¹²³ Tradução livre, respectivamente, de *unfair discrimination* e de *fair and equitable*.

¹²⁴ “The courts under all three regimes seem to share the same general concerns – the plan must be fair and reasonable, economically feasible, and calculated to be in the best interests off all parties.” LOPUCKI, Lynn M., TRIANTIS, George G. **A systems approach to comparing U.S. and Canadian**

Um dos requisitos é o denominado *best-interest-of-creditors*, previsto no § 1.129[a][7] do *Bankruptcy Code*, o qual determina que o juiz só pode homologar o plano de recuperação se todos os credores das classes que o aprovaram receberem, na sua implementação, valor igual ou superior ao que receberiam no caso de falência. A implementação desse princípio protege o credor dissidente e serve para demonstrar a viabilidade econômica da empresa. Entretanto, além de ser de difícil verificação, pode implicar restrição excessiva, pois inviabilizaria a recuperação da empresa em benefício do interesse individual, não obstante a concordância da maioria¹²⁵.

Outro requisito é o já suscitado *unfair discrimination*¹²⁶. Seu conteúdo é bastante semelhante à previsão do §2º do art. 58 da LFRE, já que também prevê que o plano de recuperação, para ser imposto pelo juiz, não pode conter tratamento diferenciado entre credores integrantes da mesma classe ou com créditos de mesma natureza (relações horizontais). Contudo, nos Estados Unidos, esse princípio não incide no caso de a maioria da classe aprovar o plano¹²⁷.

Há, ainda, o requisito de que o plano seja *fair and equitable*, o qual se dirige às relações verticais, ou seja, entre as classes de credores¹²⁸. O conteúdo desse princípio está expresso nas regras do §1.129 [b][2] do *Bankruptcy Code*. Uma de suas concreções é a aplicação do *absolute priority rule*, segundo o qual um plano *fair and equitable* não prevê o pagamento de valores a uma classe de credores com prioridade inferior na classificação dos créditos, salvo se a classe prioritária receber o pagamento integral de seus créditos¹²⁹ – regra que, de longe, não existe no Direito Recuperacional Brasileiro¹³⁰.

reorganization of financially distressed companies. Harvard International Law Journal, vol. 35. 1994, p. 331/332.

¹²⁵ “Despite the contrary vote of the class in which it is appropriately placed, an individual creditor is intitled to object to approval of the plan on several grounds. For example, U.S. law requires that the value of the property given by the plan to each creditor and shareholder must not be less than the distribution the creditors or shareholders would received if the debtor were liquidated under chapter 7 (the best interest of creditors test). This right can be waived only by the individual creditor or shareholder affected, nor by vote of the class.” *Ibidem*, p.331.

¹²⁶ “In the United States, the opposite is true: a plan can be crammed down on a class that has voted against it. Nevertheless, a court can do so only on a finding that the plan is fair and equitable to the class and does not discriminate against the class unfairly.” *Ibidem*, p. 330.

¹²⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial.** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo, v. 36, 2007, p.192.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 192.

¹²⁹ “[...]the court is authorized to impose only a plan that is “fair and equitable”, which means, essentially, that the plan must propose distributions strictly in accordance with the absolute priority rule. [...] Thus, for a plan to be crammed down on a rejection class of unsecured creditors, the plan

Verifica-se, portanto, que o sistema norte-americano admite a interferência do juiz no processo de negociação entre devedor e credores, inclusive quanto ao mérito das cláusulas estabelecidas (*absolute priority rule*). Não se trata de discricionariedade, todavia, pois os instrumentos para esta intervenção são previstos na própria lei falimentar, os quais condicionam a atuação do juiz de modo a conciliar a sua intervenção com a vontade das partes.

4.2.3 Modificação do plano de recuperação

O art. 35, I, “a”, da LFRE prevê que também cabe à assembleia de credores deliberar sobre a modificação do plano de recuperação apresentado pelo devedor. Da mesma forma, o §3º do art. 56 determina que o plano de recuperação pode ser alterado na assembleia desde que com a anuência do devedor e sem prejuízos exclusivos aos credores ausentes.

Se o plano apresentado não foi capaz de atender, na medida do possível, o interesse da maioria, a Lei ainda confere a possibilidade de ele ser alterado a fim de angariar os votos necessários para sua aprovação.

Nesse sentido, se a modificação for proposta pelos credores na própria assembléia geral de credores e o devedor estiver presente e aceitá-la, não há qualquer problema a ser suscitado, da mesma forma se a alteração for suscitada pelo devedor, pois ao receber a ata o juiz homologará o resultado do conclave¹³¹.

must either provide for full payment to the unsecured creditors or no distribution to the shareholders. Similarly, the absolute priority rule requires that a secured creditor whose collateral is worth at least the amount of its claim must be offered payment in full under the plan of reorganization.” LOPUCKI, Lynn M., TRIANTIS, George G. **A systems approach to comparing U.S. and Canadian reorganization of financially distressed companies**. Harvard International Law Journal, vol. 35. 1994, p. 324/325.

¹³⁰ “Isso porque o art. 58 não cuida das relações verticais entre os credores ao conferir ao juiz o poder de superar o veto de uma classe, o que pode levar a resultados injustos e inusitados. Pode-se cogitar, por exemplo, de que, observados os requisitos do art. 58, o juiz venha a aprovar um plano de recuperação de preveja pagamento integral a classe dos credores quirografários, mas que não assegure o mesmo tratamento à classe dos credores trabalhistas, ou aos credores com garantia real, que receberiam apenas uma parcela dos seus créditos a despeito dessas classes virem em primeiro lugar em relação à primeira na ordem de classificação (art. 83).” *Idem*. In: SATIRO JR., F.; PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p. 288.

¹³¹ CAMIÑA MOREIRA, Alberto. **Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público**. In Direito Falimentar e a nova lei de Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 260.

No entanto, a Lei é omissa quanto à necessidade de o devedor ser ouvido posteriormente¹³² nos casos de não estar presente no conclave ou de a proposta dos credores demandar o crivo da assembleia de sócios, por exemplo.

Outrossim, a rigidez da LFRE aparentemente não permite que a modificação do plano se dê em momento anterior ao conclave, mas a jurisprudência tem superado essa ausência de permissão como será demonstrado no item 4.2.3.3 infra. As restrições, entretanto, não se limitam a esse aspecto.

4.2.3.1 Modificação do plano proposta pelos credores e a anuência do devedor

Muitas críticas podem ser feitas às restrições à modificação do plano estabelecidas pela LFRE. Ao exigir a anuência do devedor para alterar o plano, a Lei pode conduzir a decisões incompatíveis com a função social da empresa, pois teria preferido proteger o interesse pessoal do empresário (sócios ou administradores da empresa) em detrimento da manutenção da empresa (considerada como centro de múltiplos interesses)¹³³.

Contudo, pode-se entender que a assembleia de credores, como órgão da “comunhão de credores”, teria poder-função exclusivo sobre a esfera jurídica da própria “comunhão de credores”, não sendo absoluta em relação à recuperanda. Por outro lado, ainda que se considerasse a assembleia como órgão de natureza institucional, mesmo assim se chegaria à mesma conclusão, mormente porque a assembleia de credores não apresenta função propositiva, pois não influi diretamente sobre questões internas da recuperanda, salvo se o devedor assentir. Nesse sentido, para que as modificações do plano propostas pelos credores em

¹³² Essa lacuna na LFRE, assim como outras, já tem sido suprimida pela atuação jurisprudencial, o que se verifica pela seguinte emenda: “Agravado de Instrumento -Recuperação Judicial - Aprovação do plano de recuperação judicial depois da assembleia-geral de credores - Possibilidade - Princípio da preservação da empresa. Ao julgador há de ser dado certo campo de atuação além dos limites literais da lei para que prevaleça o princípio da manutenção da empresa que revele possibilidade de superar a crise econômico-financeira pela qual esteja passando. Agravado desprovido.” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravado de instrumento n. **1364628120118260000**. Agravante: Maria Lucila de Barros Laham. Agravado: Floralco Açúcar e Álcool Ltda. Relator Des. Elliot Akel. São Paulo, 18 out. 2011. Acesso em 22.03.2014.

¹³³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. In SATIRO JR., F.;PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p. 277.

assembleia sejam válidas, por certo será necessária a manifestação de vontade da recuperanda, para quem o plano de recuperação foi elaborado¹³⁴.

Considerando-se os sócios também como credores, embora sem direito de voto em razão do art. 43, mas com direito de voz no conclave, seria possível defender que, na própria reunião, os sócios teriam a oportunidade de discutir a viabilidade da proposta com os demais credores e prognosticar a possibilidade de acolhimento desta pelos sócios em assembleia própria. Assim, há quem entenda ser melhor que os sócios da recuperanda emitam seu juízo de aprovação ou não das modificações após a deliberação da assembleia¹³⁵.

Em que pesem os entendimentos sobre o tema, a Lei permite que, da mesma forma como a proposta do devedor pode ser rejeitada pelos credores, o devedor também poderá rejeitar a modificação sugerida pelos credores, e, nesse caso, a consequência também será a decretação da falência da empresa, consoante o §4º do art. 56, caso não haja uma terceira proposta que agrade ambas as partes¹³⁶.

Não obstante a opção legislativa de dar protagonismo aos credores na recuperação judicial, a atuação ativa dos titulares de crédito em prol da reorganização da empresa é restrita ao momento da assembleia. A lei norte-americana, ao contrário, além de permitir que os credores requeiram a recuperação judicial – forçando a empresa em crise a, involuntariamente, submeter-se à reorganização de sua atividade¹³⁷ –, confere a qualquer credor a possibilidade de apresentar um plano, mesmo que este não comporte os interesses do devedor,

¹³⁴ ARAGÃO, Leandro Santos de. **Assembleia-Geral de Credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o Direito Societário**. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 291.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 293.

¹³⁶ Agravo. Recuperação Judicial. Alteração do plano de recuperação. Desentendimento entre o administrador da recuperanda e seus advogados. Revogação da procuração. Discordância do diretor estatutário com a modificação do plano. Retratação da proposta de alteração do plano. Inteligência do art. 428, inc. IV, do Código Civil. Pedido de suspensão da Assembleia-Geral de Credores pela devedora não implica desistência da recuperação. Interpretação do art. 52, § 4º da Lei de Recuperação de Empresas e Falências. Aprovação de alteração do plano com base no "cram down" - art. 58, § 1º, só pode ser realizada se a modificação está instruída com a demonstração da viabilidade econômica e laudo econômico-financeiro. Anulação da deliberação assemblear e revogação da decisão homologatória, assinado prazo para apresentação de novo plano e convocação de conclave dos credores. Agravo provido. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n. **0063887-41.2012.8.26.0000**. Agravante: Agrenco Limited. Agravado: Juízo. Relator Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. São Paulo, 26 mar. 2013. Acesso em 02.05.2014.

¹³⁷ "In both countries, it is possible for creditors to initiate the reorganization case, but in neither country is it common for them to do so. In the United States, creditors can petition to force a debtor into reorganization, but the procedure is risky and difficult." LOPUCKI, Lynn M., TRIANTIS, George G. **A systems approach to comparing U.S. and Canadian reorganization of financially distressed companies**. Harvard International Law Journal, vol. 35. 1994, p. 280.

respeitado o período de exclusividade para a recuperanda apresentar sua proposta¹³⁸.

A lei estadunidense ainda permite que haja “competição” entre ambos os planos apresentados, pelo devedor e pelo credor. Se ambos os planos obtêm aprovação favorável pelos credores, os tribunais decidem qual plano será homologado, tendo especial cuidado com o interesse dos credores e sem precisar considerar a opinião do devedor¹³⁹.

Nesse sentido, a comparação entre a previsão da Lei 11.101/05 para a modificação do plano pelos credores em assembléia e as possibilidades conferidas aos credores no sistema norte-americano revela a pertinência da crítica exposta no primeiro parágrafo deste tópico do trabalho. Todavia, há de se ter em mente que a Lei confere poderes aos credores para que estes possam atuar no sentido de evitar maiores prejuízos em relação aos seus créditos, mas sem ingerência direta nos assuntos da recuperanda. Diferentemente da falência, na recuperação judicial o empresário não é afastado da administração de sua empresa.

4.2.3.2 Modificação do plano e a impossibilidade de prejudicar exclusivamente credores ausentes

Quanto à segunda restrição, cominada no §3º do art. 56, há certa incongruência na lei, já que assinala que as alterações sugeridas na assembléia geral de credores não podem causar prejuízos exclusivos aos credores ausentes.

¹³⁸ “All other parties, however, are precluded from filing their own plan unless: (i) a chapter 11 trustee has been appointed; (ii) the debtor has not filed a plan within 120 days after the petition date; (iii) the debtor has not filed a plan that has been accepted within 180 day after the petition date; or (iv) the court orders otherwise. These 120 and 180 day periods are collectively referred to as “exclusivity”, referring to the exclusive period during which only the debtor can file a plan, and represent significant protection and power for the debtor. [...] So long as a party is permitted to file a plan, the plan complies with the law, and the plan is accepted by those voting on it, it is likely that a court would confirm the plan even if it does not comport with the business wishes of the debtor.” WIELEBINSKI, Joseph J. **An Overview of the Bankruptcy Code and the Bakruptcy Practice in the United States**. In LOBO, Otto Eduardo Fonseca (Coord). *World Insolvency Systems: a comparative study*. Rio de Janeiro: Carswell, 2009, p.762/763.

¹³⁹ “[...] where competing plans are affirmatively voted on and both satisfy the conditions required for confirmation, the court decides which plan to confirm and must, in the process, “consider the preferences of creditors and equity security holders” but need not consider the preference of the debtor.” WIELEBINSKI, Joseph J. **An Overview of the Bankruptcy Code and the Bakruptcy Practice in the United States**. In LOBO, Otto Eduardo Fonseca (Coord). *World Insolvency Systems: a comparative study*. Rio de Janeiro: Carswell, 2009, p.764.

Tal ressalva afeta o princípio da deliberação majoritária, adotado pela Lei nos arts. 45 e 58. De fato, com essa determinação, a maioria não pode reduzir, no conclave, os direitos conferidos no plano original aos credores ausentes. Assim, aqueles credores que estiverem satisfeitos com o plano originalmente proposto podem, estrategicamente, ausentar-se da assembleia. A crítica refere-se justamente ao fato de a LFRE admitir que a ausência de credores constitua motivo para a exclusão do princípio majoritário¹⁴⁰.

Nesse sentido, a doutrina ou a jurisprudência podem flexibilizar a previsão do §3º, o que já vem ocorrendo com outras determinações da Lei, a fim de permitir a alteração do plano independentemente de prejudicar credores ausentes no conclave, desde que tenha havido publicidade suficiente na convocação da assembleia. Importante essa flexibilização porque, na forma como escrita, a Lei acaba por incentivar o recorrente absentismo¹⁴¹ dos credores, o que é reconhecidamente negativo para a eficiência do processo de reorganização da empresa¹⁴².

De qualquer forma, a modificação do plano em assembleia que prejudique credores ausentes é matéria que, reiteradamente, é devolvida aos tribunais, sendo objeto inclusive de súmula no Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁴³. A referida súmula obsta que um plano de recuperação determine a diminuição ou a supressão da garantia de algum crédito sem a anuência expressa do titular. Outros casos de alterações do plano de recuperação lesivas aos credores podem ocorrer em assembleia, como a cessão de crédito de empresa em liquidação extrajudicial como

¹⁴⁰ MUNHOZ, Eduardo Secchi. In SATIRO JR., F.;PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p. 278.

¹⁴¹ “A assembleia de credores sempre foi um órgão contestado, em virtude: a) da inconcusa autotutela, inspirada no Direito Romano, dos próprios direitos e interesses; b) das dificuldades práticas de reunir expressivo número de credores, sobretudo quando tem domicílio e sede fora do juízo da falência e da concordata; c) da indiferença da maioria dos credores, o que leva ao absentismo crônico [...]” LOBO, Jorge. In SALLES DE TOLEDO, Paulo F. C., ABRÃO, Carlor Henrique (coords). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 91.

¹⁴² MUNHOZ, Eduardo Secchi. In SATIRO JR., F.;PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p. 279.

¹⁴³ “Na recuperação judicial, a supressão da garantia ou sua substituição somente será admitida mediante aprovação expressa do titular”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Súmula n. 61. Acesso em 05.06.2014.

garantia aos credores¹⁴⁴, bem como a concessão de prazos ou deságios menores a determinados credores, por exemplo.

Em que pese a possibilidade de flexibilização da Lei, certo é que o plano de recuperação modificado em assembleia pela maioria dos credores, com a vênua do devedor, obriga os credores dissidentes, os que se abstiveram de votar e os que não votaram, mesmo que as modificações prejudiquem seu crédito. Por outro lado, as modificações não produzem efeitos aos credores ausentes quando contêm previsão que reduz exclusivamente os direitos dos mesmos¹⁴⁵.

4.2.3.3 O papel dos tribunais na definição do momento de modificação do plano

A cominação expressa no §3º do art. 56 restringe o espaço de negociação das partes, já que só permite que o plano seja modificado na assembleia de credores, sem abrir a possibilidade para os credores apresentarem uma contraproposta antes do conclave ou, até mesmo, para o próprio devedor apresentar alterações ao plano originalmente sugerido¹⁴⁶.

A ideia de livre negociação entre devedor e credores resta mitigada, pois as alterações supervenientes à apresentação do plano, que deveriam ser interpretadas como naturais e inerentes ao processo de negociação¹⁴⁷, têm sua avaliação pelos credores limitada ao momento da assembleia.

Por outro lado, pode-se interpretar a opção legislativa mais em conformidade com a prática. De fato, o tempo entre a publicação do edital de convocação da assembleia e a data de realização desta opera como um estopim para as negociações. Esse intervalo aumenta a tensão entre as partes que chegam no conclave mais inclinadas a ceder de posição, pois aquele credor que resiste a aceitar o plano e espera uma proposta melhor do devedor percebe que a assembleia será o último momento para ceder e preservar o parceiro comercial; o mesmo ocorre

¹⁴⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n. **0033028-76.2011.8.26.0000**. Agravante: Interclínicas Serviços Médico-hospitalares Ltda. Agravado: Saúde Abc Serviços Médico-hospitalares. Relator Des. Pereira Calças. São Paulo, 22 nov. 2011. Acesso em 22.03.2014.

¹⁴⁵ LOBO, Jorge. In SALLES DE TOLEDO, Paulo F. C., ABRÃO, Carlos Henrique (coords). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121/122.

¹⁴⁶ MUNHOZ, Eduardo Secchi. In SATIRO JR., F.; PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p. 276.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 279.

com o devedor, que impetra maiores esforços na elaboração de um proposta melhor. É por isso que, de fato, as alterações são propostas na própria assembleia e não antes.

No entanto, os tribunais têm constatado alguns problemas no caso de alterações no plano apresentadas no dia da assembleia. Como exposto no item 3.2.2, a publicação do edital convocatório da assembleia contendo a ordem do dia tem como escopo não só a publicidade do ato, mas também a reflexão dos credores sobre a matéria a ser discutida a fim de não serem surpreendidos. Ocorre que determinadas propostas podem acarretar modificação substancial no plano apresentado anteriormente, e os credores podem não estar preparados para deliberar sobre essa alteração; nesses casos, decisões têm entendido que é necessária a convocação de uma nova reunião, em outra data, ou ainda a suspensão dos trabalhos da assembleia para que os credores tenham tempo razoável para análise do novo plano¹⁴⁸.

A alteração do plano originalmente apresentado é uma necessidade decorrente das mudanças conjunturais; não se pode permitir o engessamento do plano de recuperação, visto que com o passar do tempo o contexto da recuperação pode variar¹⁴⁹. Portanto, se a necessidade de alteração do plano se der em momento anterior ao conclave e não modificar substancialmente a proposta original,

¹⁴⁸ "Agrav. Recuperação Judicial. Alteração substancial e profunda do plano de recuperação judicial proposta sem observância de publicidade com antecedência razoável para o comparecimento de todos os credores. Vulneração dos princípios da lealdade, confiança e boa-fé objetiva. Natureza contratual da recuperação judicial que exige, na fase pré-contratual, conduta proba, honesta e ética, sob pena de afronta à boa-fé objetiva do art. 421 do Código Civil. A liberdade de contratar deve ser exercida sob a luz da função social da recuperação judicial. Inteligência do art. 421 do Código Civil. Agravado parcialmente provido para anular a Assembleia-Geral, ordenando-se convocação de outro conclave no qual, o plano, observe as regras do art. 53 da Lei nº 11.101/2005." SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravado de instrumento n. **0033028-76.2011.8.26.0000**. Agravante: Interclínicas Serviços Médico-hospitalares Ltda. Agravado: Saúde Abc Serviços Médico-hospitalares. Relator Des. Pereira Calças. São Paulo, 22 nov. 2011. Acesso em 22.03.2014.

"Recuperação Judicial Assembleia Geral de Credores. Anulação determinada. Introdução de profundas alterações no plano em evidente prejuízo aos participantes - Necessidade de nova assembleia para suficiente análise das modificações. Voto de cessionário de diversos créditos que deve ser considerado como único por cabeça Interpretação do art. 45, § 1º, da Lei nº 11.101/2005 Recurso improvido." SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravado de instrumento n. **0364235-88.2009.8.26.0000**. Agravante: Macromed Comércio de Material Médico Hospitalar Ltda. Agravado: Nelson Garey. Relator Des. Elliot Akel. São Paulo, 04 mai. 2010. Acesso em 22.03.2014.

¹⁴⁹ "Em um ano, moedas fortes desvalorizam-se, surge um déficit na balança comercial, a bolha especulativa explode, guerras são declaradas, aparecem terremotos, tsunamis, furacões, tornados (até mesmo no Brasil!), países começam a consolidar uma posição de líderes mundiais, aparece um CPI(...), às vezes, várias ao mesmo tempo, enfim, o mundo muda, E aí?". ARAGÃO, Leandro Santos de. **Assembleia-Geral de Credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o Direito Societário**. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 295.

nem trazer prejuízo aos credores, observa-se a lei sem maiores discussões, ou seja, aguarda-se a reunião para apresentar a proposta de alteração. No entanto, se a alteração for substancial de forma a prejudicar algum grupo de credores, cabe ao juiz analisar o caso concreto e determinar as providências cabíveis (não homologação do plano, determinação de realização de novo conclave, etc.).

No entanto, mesmo impetrando esforços para angariar os votos dos credores dissidentes, se a nova proposta não for aprovada por alguma maioria, o resultado da deliberação será a rejeição do plano, merecida ou não, como se verá.

4.3 REJEIÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO PELA MAIORIA DOS CREDORES

A empresa em crise que não conseguir apresentar um plano de recuperação que convença a maioria dos credores da viabilidade da proposta e das vantagens de sua recuperação sofrerá a frustração de ter o seu plano rejeitado em assembleia.

A rejeição do plano de recuperação pela maioria dos credores tem como resultado nefasto a convalidação da recuperação judicial em falência. No entanto, para o saneamento do mercado, algumas empresas merecem ser liquidadas. Na hipótese de inviabilidade da atividade ou de sacrifícios extremos dos demais interesses em jogo para sua reorganização, a rejeição do plano e a decretação da falência são medidas necessárias.

Contudo, a rejeição do plano pela maioria dos credores nem sempre resulta da necessidade de saneamento do mercado, podendo ocorrer por motivos alheios ao crédito discutido na recuperação judicial. Conflito de interesses, abuso do direito de voto e ausência de controle sobre a manifestação da vontade coletiva dos credores são problemas que podem conduzir à rejeição do plano em assembleia.

4.3.1 A necessária rejeição do plano de recuperação inviável

O parágrafo 4º do art. 56 da Lei 11.101 determina, de forma imperativa, que uma vez rejeitado o plano de recuperação pela assembleia geral de credores, o juiz *decretará* a falência do devedor.

Tal determinação estabelece severa consequência¹⁵⁰ ao devedor caso o plano de recuperação não convença os credores.

O art. 73, inciso III, ao arrolar as hipóteses de convolação da recuperação judicial em falência, retoma essa determinação. Bezerra Filho defende que a previsão desses artigos não é absoluta¹⁵¹, sendo excetuada pelo art. 58, §1º, segundo o qual, observando-se alguns requisitos, o juiz poderá conceder a recuperação pretendida pelo devedor. No entanto, no caso de rejeição do plano por todas as maiorias previstas em Lei (crédito e credores), isto não seria possível, pois o quórum alternativo também não seria alcançado.

A consequência nefasta da rejeição do plano revela um ponto essencial para o sucesso da reorganização da empresa em crise: a consistência do plano de recuperação¹⁵². Neste ponto, portanto, o problema não é jurídico, mas econômico, financeiro, administrativo, organizacional, enfim, qualquer outra coisa menos jurídico¹⁵³. Todavia, em que pese o tema demandar interdisciplinaridade¹⁵⁴, este capítulo não se aprofundará em seus aspectos não jurídicos.

Com efeito, se o empresário não reúne as condições econômicas e intelectuais necessárias à reorganização de seu negócio, e isto resta demonstrado por meio de um plano de recuperação inviável, a manutenção de sua atividade

¹⁵⁰ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada: Lei 11.101/2005 comentários artigo por artigo**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.174.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 197.

¹⁵² “A consistência do plano de recuperação é essencial para o sucesso da reorganização da empresa em crise. Só se justifica o sacrifício imediato de interesses dos credores e, em larga medida, da sociedade brasileira como um todo, derivado da recuperação judicial, se o Plano aprovado pela Assembleia dos Credores for consistente.(...) Um Plano consistente pode não dar certo, essa não é a questão. O fato é que um plano inconsistente certamente não dará certo”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários a nova Lei de falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.162.

¹⁵³ ARAGÃO, Leandro Santos de. **Assembleia geral de credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o direito societário**. In *Direito Societário e a nova lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.306.

¹⁵⁴ “Na verdade, o termo ‘empresa em recuperação’, engloba uma visão muito mais ampla do que aquela confinada no prisma do Direito Empresarial e na qual se tem atido empresários, dirigentes, sócios-acionistas, credores, e, naturalmente, advogados. É nítida a percepção para a maioria destes interlocutores de que a formatação processual jurídica é cardinal para que uma empresa em crise possa restabelecer uma operação saudável e duradoura. Essa visão é parcial e eclipsa os acumen de uma recuperação de empresa bem-sucedida.” LEMOS, Eduardo. **Análise da Empresa em Crise: Uma Visão não Jurídica**. In *Direito Recuperacional II – Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p.53.

poderá acarretar ônus excessivo a ser suportado pelos credores e, até mesmo, pela sociedade¹⁵⁵.

Segundo o art. 53 da Lei, o projeto de superação da crise da empresa deve conter os meios de recuperação que serão empregados, a demonstração da viabilidade econômica da recuperanda e o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens do ativo do devedor. É por meio deste laudo que os credores poderão simular a falência da empresa e a liquidação imediata do seu ativo, podendo, então, verificar o que lhes seria mais conveniente, se a quebra ou se a recuperação¹⁵⁶.

A colaboração dos credores no processo de reorganização da empresa em crise só é pressuposta nos casos em que, de alguma forma, a recuperação seja mais vantajosa ao recebimento do seu crédito do que a falência. Nesse sentido, a jurisprudência tem exercido importante papel na concretização da Lei. Conforme reconhece o Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, uma empresa em crise que pretenda transferir aos seus credores todo o sacrifício do seu reerguimento, por meio de um plano que contenha prazos, deságios e outras cláusulas “aviltantes”, demonstra, de fato, a sua incapacidade de recuperação¹⁵⁷. Em hipóteses como essa, a rejeição total do plano e a consequente decretação da falência são medidas que se impõem.

¹⁵⁵ “(...) note-se o cuidado com que se trata da viabilidade econômica de empresa em crise porque, de nada serve envidar esforços para preservá-las, nem mesmo argumentos como a garantia de empregos ou ser ela estratégica, sem que fique demonstrada a possibilidade de superar a crise, porque os efeitos sobre o crédito e aptidão para superar a crise dependem de demonstração de que a rentabilidade do negócio será resgatada e que a atividade atingirá algum nível de normalidade.” SZTAJN, Rachel. **Notas Sobre as Assembléias de Credores na Lei de Recuperação de Empresas**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, vol. 12. Belo Horizonte, 2006, p. 299.

¹⁵⁶ NUNES, Marcelo G. e BARRETO, Marco A. F. **Alguns apontamentos sobre comunhão de credores e viabilidade econômica**. In Direito Societário e a nova lei de falência e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 318.

¹⁵⁷ “Em razão de tal entendimento, o plano de recuperação de empresa que se encontre em crise econômico-financeira não pode propor o pagamento do passivo em prestações a serem cumpridas por longos anos e em valores ínfimos considerados em proporção aos créditos que lhe foram concedidos em sua atividade empresarial, que tenham o potencial de acarretar aos credores sacrifícios superiores aos que eles suportariam no caso de falência da devedora. A recuperação da empresa só pode e deve ser deferida se a empresa devedora mostrar que não se encontra em situação de falência. Obviamente, se a empresa devedora pede um prazo muito longo para iniciar os pagamentos das parcelas propostas, e se o percentual a ser pago mostra-se vil ou iníquo, tal situação evidencia que a empresa não pode ser considerada recuperável por suas próprias forças, mas sim, pelo sacrifício excessivo imposto de forma injusta àqueles que lhe deram crédito, por acreditar que ela cumpriria a palavra empenhada.” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n. **0136362-29.2011.8.26.0000**. Agravante: Banco Itaú Bba S/A. Agravado: Cerâmica Gytoku Ltda. Relator Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. São Paulo, 28 fev. 2012. Acesso em 22.03.2014.

O princípio da preservação da empresa, portanto, não deve ser buscado de forma absoluta. Nem toda empresa que apresenta dificuldades financeiras deve ser beneficiada com a recuperação judicial. Este instituto é aplicável apenas às empresas que apresentem dificuldades conjunturais e momentâneas, ou seja, que, em longo prazo, sejam viáveis¹⁵⁸.

A previsão legal (§4º do art. 53 e inciso III do art. 73) que determina a convolação da recuperação judicial em falência volta-se justamente aos casos em que a atividade empresária se mostra inviável. Nem toda falência é um mal¹⁵⁹, pois, a fim de sanear o meio empresarial¹⁶⁰, algumas atividades devem mesmo ser encerradas.

A questão problemática surge quando essa previsão é utilizada mesmo nos casos em que o devedor demonstra ser possível salvar a empresa com a implementação de medidas recuperatórias¹⁶¹. Isso porque alguns credores, cujos créditos apresentam monta relevante, podem manipular o resultado da assembleia com objetivo de obter a rejeição do plano.

4.3.2 Plano de recuperação viável e o abuso do direito de voto dos credores

A ineficiência da concordata, ante a falta de instrumentos de fiscalização e o assistencialismo nas decisões judiciais nos tempos de vigência do Decreto-lei nº 7.661/45, conduziu o legislador a incluir o princípio da autonomia dos credores na nova Lei de Falência e Recuperação de Empresa¹⁶². Segundo esse princípio, uma

¹⁵⁸ NUNES, Marcelo G. e BARRETO, Marco A. F. **Alguns apontamentos sobre comunhão de credores e viabilidade econômica**. In Direito Societário e a nova lei de falência e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 311.

¹⁵⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa, vol.3**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 233.

¹⁶⁰ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar, vol. 1**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 26.

¹⁶¹ ARAGÃO, Leandro Santos de. **Assembleia geral de credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o direito societário**. In Direito Societário e a nova lei de falência e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 304.

¹⁶² “Nos últimos tempos de vigência do Dec.-lei 7.661/1945, era corrente a voz entre empresários, advogados e juízes de que eram deferidas concordatas com caráter meramente protelatório. A concordata servia para auxiliar o devedor a realizar tudo o que a Lei queria evitar, como privilegiar alguns credores, proteger patrimônio, esvaziar e desviar as atividades rentáveis da empresa para terceiros etc. Esses efeitos ocorriam, fundamentalmente, em razão da falta de instrumentos de fiscalização e de uma forte dose de assistencialismo nas decisões judiciais, que já viam na continuação e recuperação da empresa a possibilidade de superação da crise, mas que, por aspectos práticos, acabavam apenas prolongando a concordata até uma inevitável falência, quando não fosse o caso de simples desistência após anos de favor legal, como era admitido no regime do Dec.-lei 7.661/1945. Essa condição precedente levou a Lei 11.101/2005 a criar um princípio: “O princípio da

vez observada a forma prevista na Lei, as deliberações dos credores são consideradas válidas e eficazes, não obstante sua falta de fundamentação.

A Lei reconhece que somente os credores podem deliberar sobre o plano de recuperação, pois são eles os principais atingidos pelas suas conseqüências.

No entanto, verifica-se que o procedimento recuperacional ou falimentar também afeta interesses alheios aos da relação crédito-débito, como, por exemplo, o interesse dos investidores, dos consumidores, da coletividade em geral¹⁶³. É nesse sentido que alguns doutrinadores admitem que a função social conferida à empresa é incompatível com a escolha legislativa de entregar ao arbítrio dos credores o destino da empresa recuperanda¹⁶⁴.

De fato, os interesses dos credores e da empresa em crise nem sempre convergem. Os credores têm legitimidade para pretender receber o que lhes é devido, sem compromisso com a recuperação do devedor. Nesse sentido, se a falência for mais vantajosa, evidente que os credores não irão se abster de optar por este instituto¹⁶⁵.

Os problemas surgem quando se observa, nas deliberações, condutas contrárias ao contexto do plano de recuperação e da própria preservação da empresa, voltadas exclusivamente a proveitos individuais. O princípio da autonomia dos credores, portanto, não pode ser aplicado de forma absoluta. Casos há em que os credores, por motivos estranhos ao seu crédito, controlam a votação da

autonomia dos credores”.” BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **O poder dos credores e o poder do juiz na falência e recuperação judicial**. Revista dos Tribunais, vol. 936. Porto Alegre, 2013, p. 45.

¹⁶³ “A separação entre *empresário* e empresa, há muito tempo reconhecida no direito dos países anglo-saxões, e o desenvolvimento da teoria da empresa, também identificada pelos direitos da família romano-germânica, contribui para a verificação de que os procedimentos falimentares afetam interesses de outros participantes da atividade empresarial (v.g., investidores, trabalhadores, consumidores) e da coletividade em geral. (...) Daí se afirmar que o direito falimentar - ou da empresa em crise - corresponde a um dos ramos do direito empresarial em que se evidencia com maior nitidez a função social da empresa, ou a necessidade de contemplar todos os interesses afetados, que não se resumem aos interesses do empresário. Os interesses externos, no momento da crise da empresa, passam ao primeiro plano, ao lado dos internos.” MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 36. São Paulo, 2007, p. 185.

¹⁶⁴ “Ora, se a recuperação judicial é instrumento legal indispensável a recuperação das empresas em dificuldade econômico financeira, se a empresa é verdadeira instituição social para a qual se conjugam os diversos interesses (o lucro do empresário, o salário para o trabalhador, os tributos para o poder público) porque condicionar o pedido de recuperação judicial ao arbítrio excessivo de seus credores”. ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa de acordo com a Lei 11.101/2005**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 343.

¹⁶⁵ CAMIÑA MOREIRA, Alberto. **Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público**. In Direito Falimentar e a nova lei de Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 255.

assembleia para que o resultado seja a rejeição do plano pela maioria a fim de provocar a falência e retirar o concorrente do mercado, por exemplo¹⁶⁶.

O conflito de interesses pode, assim, ocasionar o abuso do direito de voto pelos credores na assembleia. No entanto, o fato de a Lei 11.101/05 ser silente quanto ao tema não impede que o exercício disfuncional do direito de voto por seus titulares seja controlado pelo Poder Judiciário, pois o Direito, e até mesmo a própria Lei, conferem instrumentos para suprir essa lacuna, como se verá.

4.3.2.1 Conflito de interesses como pressuposto do abuso do direito de voto

Alguns doutrinadores conceituam “interesse” como a relação estabelecida entre um sujeito que tem uma determinada necessidade e o bem apto a atender essa necessidade¹⁶⁷. Nas situações de conflito, duas hipóteses podem ser verificadas: de uma mesma pessoa sendo titular de mais de um interesse, ou de diversos sujeitos com o mesmo interesse.

Na primeira hipótese, os interesses são incompatíveis quando a satisfação de uma necessidade do sujeito impede a satisfação de outra necessidade dessa mesma pessoa, ou seja, são interesses excludentes entre si¹⁶⁸. Ilustra essa realidade a circunstância de um credor que, ao mesmo tempo, figura como concorrente da empresa recuperanda, pois o seu interesse em preservar o parceiro comercial pode colidir com o interesse de eliminação da concorrência. Como nessa conjectura não há, a princípio, interferência na relação com outros sujeitos, entende-

¹⁶⁶ “Se se entender essa regra ao pé da letra, poderá haver casos em que os credores, por motivos e interesses outros não relacionados ao crédito, mas sim ao mercado e sua participação ou a negócios de diversas matizes, possam controlar a votação da assembleia em suas múltiplas classes para que o resultado seja não a não-aprovação por insuficiência de quórum, mas sim a a rejeição completa do plano com vistas a gerar a falência e retirar o concorrente “player” do mercado”. SIMÃO FILHO, Adalberto. **Interesses Transindividuais dos Credores nas Assembleias Gerais e Sistemas de Aprovação do Plano de Recuperação Judicial**. In Direito Recuperacional, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 59.

¹⁶⁷ “E, se quisermos trabalhar a noção de *conflito de interesses*, primeiramente devemos atentar para o conceito de *interesse*, que pode ser compreendido como a relação, determinada na previsão geral e abstrata de uma norma, existente entre um sujeito portador de alguma necessidade e o bem que pode satisfazê-la: neste sentido, os sujeitos de direito utilizam-se de bens para satisfazerem suas necessidades, existindo entre eles uma relação jurídica de interesse. Há, desta maneira, um conceito normativo (objetivo, externo) de *interesse*, e que não se confunde com os desejos individuais, subjetivos, internos”. SPINELLI, Luis Felipe. **O conflito de interesses na administração da sociedade anônima**. 1. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 131/132.

¹⁶⁸ “(iii) de conflito (incompatibilidade a qual se dá quando tais interesses sejam excludentes – já que as necessidades humanas são ilimitadas, enquanto os bens que as satisfazem são escassos -, ou seja, a satisfação de um implica a renúncia a outro”. *Ibidem*, p.133.

se que a intervenção judicial não se justifica, pois eventuais conflitos devem ser resolvidos de modo individual.

Por outro lado, tendo em vista a multiplicidade de interesses e de sujeitos de direito convivendo em um ambiente jurídico, surgem as “relações intersubjetivas” que, da mesma forma, podem ser de conflito¹⁶⁹. O choque ocorre em razão da escassez de bens, pois, para que as necessidades de um indivíduo sejam ao menos parcialmente satisfeitas, sacrifícios são inevitáveis para outro sujeito. Newton de Lucca, citando exemplo de Valladão, ilustra essa hipótese pela circunstância de uma credora, indústria automobilística, que vota contrariamente à aprovação do plano de recuperação judicial por estar interessada na falência do devedor, seu concessionário, a fim de passar a concessão a outrem¹⁷⁰; veja-se que o interesse específico da indústria automobilística pode colidir frontalmente com o interesse dos demais credores de manter a empresa recuperanda. Nesta hipótese, no entanto, a intervenção judicial se faz necessária para ordenar os interesses conflitantes e para evitar a desagregação social¹⁷¹.

Conforme acentua Comparato, a existência de uma contradição de interesses é questão de fato, a ser apreciada em concreto, conforme as circunstâncias¹⁷². Ao discorrer sobre o abuso no exercício do direito de voto consoante a previsão do art. 115 da Lei 6.404/76, o autor assinala que a interpretação contratualista desta lei privilegia a regra de conflito de interesse material, em que o voto do acionista em

¹⁶⁹ “Todavia, interesses de diferentes indivíduos podem entrelaçar-se, formando as denominadas *relações intersubjetivas*, as quais também podem ser (i) de indiferença (quando a satisfação dos interesses de um sujeito não afeta a satisfação do interesse de outro), (ii) de solidariedade (quando o interesse de diversos indivíduos convergem, na qual a satisfação de um interesse depende a satisfação do de outrem – como acontece, por exemplo, no seio de uma sociedade empresária ou do próprio ente estatal) ou (iii) de conflito (na qual há verdadeiro choque entre interesses de indivíduos distintos diante da insuficiência de bens para a satisfação de todas as necessidades – confronto, este, que pode ser total ou parcial, ocorrendo este último quando possível a satisfação, apesar de incompleta, das necessidades de ambos os indivíduos...)”. SPINELLI, Luis Felipe. **O conflito de interesses na administração da sociedade anônima**. 1. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 133/134.

¹⁷⁰ DE LUCCA, Newton. **Abuso do Direito de Voto de Credor na Assembléia Geral de Credores Prevista nos Arts. 35 a 46 da Lei 11.01./05**. In DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; LEONARDI ANTONIO, Nilva M. (coord.). *Direito Recuperacional II – Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 225.

¹⁷¹ “E, entretanto os interesses de indivíduos diversos em relação de solidariedade e de confronto, torna-se necessária a intervenção jurídica para ordená-los e para evitar a desagregação social, o que é particularmente importante no caso do *conflito intersubjetivo de interesses*, isto é, na situação em que a necessidade de um indivíduo com relação a um bem não puder se resolver sem o sacrifício da necessidade do outro.” SPINELLI, Luis Felipe. **O conflito de interesses na administração da sociedade anônima**. 1. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 134/135.

¹⁷² COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 387.

assembleia é sempre permitido, devendo ser *a posteriori* comparado ao interesse social para eventual anulação¹⁷³. O autor critica essa posição porque “na prática, esse sistema tem levado à virtual desaplicação das regras sobre conflito de interesses, pois a anulação de atos é incompatível com a atividade societária”¹⁷⁴, visto que ao final do processo para anulação da assembleia já ocorreram tantas consequências, inclusive para terceiros, que é inviável anulá-la, cabendo, apenas, perdas e danos.

De outro lado, Comparato assume que é preciso reforçar a ideia de conflito de interesses formal, afirmando que na perspectiva institucional a regra de conflito de interesses consiste no instrumento mais importante de depuração dos interesses individuais dos sócios, que permite a convivência e a cooperação societária. Nesse sentido, o jurista admite que, segundo aquele dispositivo legal, não pode participar do conclave o acionista com qualquer interesse especial no negócio em deliberação¹⁷⁵. O controle, portanto, passa a ser *a priori*, e do conflito de interesses se pressupõe o abuso, porque a participação do acionista em duas posições jurídicas contrapostas é razão suficiente para a suspensão de seu exercício de voto.

Mutatis mutandis, a percepção de que o controle *a priori* do conflito de interesses é o que melhor atende às deliberações societárias pode ser expandida a todas as relações concursais de direito empresarial, notadamente ao processo de recuperação judicial em que deve ser apreciado, entre outros, o princípio da celeridade. Nesse sentido, inegável a influência da Lei das S/A para suprir a lacuna da Lei 11.101 em razão do aprimoramento daquele diploma normativo na solução dos conflitos de interesses¹⁷⁶.

¹⁷³ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 389.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 390.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 391.

¹⁷⁶ “Percebe-se, desde logo, a influência do modelo legal das sociedades por ações na nova estrutura organizacional da falência e das recuperações, o que apresenta certas vantagens, que podem mitigar a grande deficiência da Lei 11.101/2005, que não estabelece com clareza o padrão para o exercício do direito de voto pelos credores, nas assembleias – o que permitirá ao Judiciário construir um vetor ou paradigma, apoiado nos princípios do Código Civil de 2002, e, sobretudo, mercê da aplicação analógica das soluções muito mais aprimoradas da Lei 6.404/1976 (principalmente o art. 115), e da experiência de quase três décadas de vigência dessa lei acionária, entre nós.” Penteado, Mauro R. In: SATIRO JR., F.; PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p. 67.

O art. 115 da Lei das S/A¹⁷⁷ consigna em seu *caput* que o acionista deve exercer seu direito de voto no interesse da companhia, considerando-se abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. Ainda, em seu parágrafo primeiro, o referido artigo consagra a teoria do conflito de interesse formal, a qual suspende o exercício do direito de voto de acionista em assembleia cuja pauta revela conflito de interesses deste com a companhia.

Entende-se que o acionista tem o dever legal de procurar a satisfação do interesse social, antepondo ao seu interesse particular o interesse da companhia¹⁷⁸. Nesse sentido, o acionista tem o dever de se abster de votar no caso de conflito de interesses formal¹⁷⁹.

A doutrina societária, ademais, em consonância com o art. 187 do Código Civil de 2002, esclarece que a intenção de causar dano à companhia ou aos demais interessados não deve ser perquirida subjetivamente, visto a dificuldade em produzir provas nesse sentido. A jurisprudência tem ressaltado a configuração objetiva do abuso do voto, em que o que importa é a conduta do titular e o objetivo antijurídico da deliberação¹⁸⁰.

¹⁷⁷ “Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. § 1º o acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia (...).” BRASIL. Lei n. 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em 21.12.2013.

¹⁷⁸ “Nestas, o voto deve ser exercido *ex causa societatis*. O voto não deverá ser um mecanismo de realização prevalecente dos interesses pessoais do sócio, mas o exercício de um poder delegado a ele pela comunidade de seus pares, a fim de que cada um contribua individualmente ou em bloco para a formação da vontade social. O sócio, portanto, deve votar em estreita obediência à própria condição de *membro da comunidade acionária*, pois que somente assim será possível proteger o interesse comum, acima dos interesses individuais dos sócios, muitas vezes conflitantes. O interesse social não é, pois, a somatória dos interesses individuais de cada acionista, mas a transcendência desses mesmos interesses por um interesse comum a todos, definido no objetivo empresarial específico da companhia e nos fins sociais que são comuns a todas elas, qual seja, a realização do lucro.” CARVALHOSA, Modesto. **Comentários a Lei de Sociedades Anônimas, vol. 2.** 3. Ed. São Paulo:Saraiva, 2003, p. 457.

¹⁷⁹ “Essa concepção do direito de voto como poder exercido no interesse alheio - no caso, o da sociedade - acarreta inquestionavelmente o dever do acionista de abster-se do voto, no caso de conflito formal de interesses com a sociedade”. CARVALHOSA, Modesto. **Comentários a Lei de Sociedades Anônimas, vol. 2.** 3. Ed. São Paulo:Saraiva, 2003, p. 452.

¹⁸⁰ “A intenção de lesar a companhia ou os outros acionistas mediante o exercício do voto não deve, no entanto, ser subjetivamente perquirida, na medida em que dificilmente se pode distinguir, no capítulo da prova, o dolo do simples erro. (...) O caráter subjetivo da conduta tem sido posto de lado

Assim, por analogia, no processo de recuperação judicial, configuraria abuso do exercício do direito de voto sempre que o credor privilegiasse posições individualistas em detrimento dos interesses dos demais (credores, acionistas e coletividade em geral)¹⁸¹.

Embora seja difícil conceituar o que seja o interesse comum dos credores, alguns doutrinadores já têm acentuado que consistiria no interesse de cada credor em minimizar seus prejuízos, por meio da maximização das disponibilidades da massa¹⁸². Seguindo esse entendimento, seriam consideradas contrárias ao interesse da comunidade de credores as deliberações que: causam prejuízo desproporcional ou inadequado para uma parte dos credores; que favorecem um credor em particular, ou um grupo de credores, ou ainda terceiros, em detrimento da comunhão de credores; que não são úteis a ninguém; e que favorecem o devedor ou terceiro sem qualquer vantagem para a massa¹⁸³.

No entanto, há quem critique a aplicação analógica do art. 115 da Lei das S/A ao processo de recuperação judicial. A ideia de aplicar esse dispositivo ao processo em epígrafe apenas trocando-se o termo “acionista” por “credor” pode até ser sedutora, entretanto, não se pode desconsiderar que os credores naturalmente se encontram em conflito de interesses formal em razão da relação jurídica creditícia que essas partes compõem com o devedor. Como dito, os credores têm legitimidade para pretender receber o que lhes é devido, sem compromisso com a recuperação da empresa.

Contudo, a própria Lei de Recuperação e Falências, em seu art. 43, pretendeu vedar o voto de credores com conflito de interesses, embora tenha

pela jurisprudência. Esta tem afirmado que o abuso deve reputar-se configurado mesmo que a intenção fraudulenta não esteja provada, bastando que a deliberação vise a alcançar fins que repugnam o sentimento jurídico”. *Ibidem*, p. 459.

¹⁸¹ “Nesse sentido, analogamente ao que dispõe o art. 115 da Lei de Sociedades Anônimas, poder-se-ia cogitar de atribuir à classe de credores o dever de votar, no processo de recuperação, segundo o interesse dos acionistas, dos demais credores e da coletividade em geral, configurando-se abuso no exercício desse direito sempre que o credor privilegiasse posições excessivamente individualistas, em detrimento dos demais interesses em jogo. É o que ocorre no caso da rejeição do plano, ainda que este não submetesse o credor a situação pior do que a que ficaria com a sua aprovação e que sua implementação fosse favorável a todas as demais classes de credores e aos acionistas.” MUNHOZ, Eduardo Secchi. In: SATIRO JR., F.; PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p. 289.

¹⁸² DE LUCCA, Newton. **Abuso do Direito de Voto de Credor na Assembléia Geral de Credores Prevista nos Arts. 35 a 46 da Lei 11.01/05**. In DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; LEONARDI ANTONIO, Nilva M. (coord.). *Direito Recuperacional II – Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 225.

¹⁸³ *Ibidem*, p.225

permitido sua presença e participação (direito de voz) no conclave¹⁸⁴. Causa estranheza o legislador ter previsto o conflito de interesses e excluído o direito de voto a determinados credores e, ao mesmo tempo, ser absolutamente omissivo quanto ao tratamento a ser conferido aos demais credores. Infelizmente, nem a Lei, nem a doutrina consultada¹⁸⁵ esclarecem se essa aparente controvérsia se trata de opção do legislador ou, simplesmente, de má técnica legislativa. Como a lei é mais inteligente que o legislador, caberá ao intérprete resolver essa antinomia.

Por outro lado, o controle *a priori* do conflito de interesses na assembleia de acionistas se dá também porque a manifestação judicial, nesse caso, naturalmente será tardia, pois dependerá do ajuizamento de ação e dos trâmites processuais inerentes; ao passo que, na recuperação judicial, o juiz já faz parte da relação processual, assim não haveria prejuízo iminente quanto à intempestividade da prestação jurisdicional postulada, no caso, a desconsideração da deliberação da assembleia de credores.

Nesse aspecto, entretanto, merece ser esclarecido que o fato do processo de recuperação judicial ser regido pelo Poder Judiciário não significa prestação jurisdicional tempestiva. Ilustra essa realidade a decisão monocrática proferida pelo Min. Massami Uyeda ao julgar Recurso Especial interposto pela VASP¹⁸⁶. O exmo. Ministro, aplicando o princípio da preservação da empresa, deu provimento ao recurso para cassar a decisão que havia convolado a recuperação judicial em falência. No entanto, a decisão monocrática foi proferida quatro anos depois da sentença que decretara a falência, sendo que a empresa permaneceu inoperante por todo esse período. Ou seja, mesmo que fosse, de fato, caso de cassação da sentença, a intempestividade da prestação jurisdicional tornaria a decisão inapta a produzir os efeitos desejados; aliás, também por esse motivo, a decisão monocrática foi posteriormente reconsiderada, por unanimidade, pelos Ministros da Terceira Turma do STJ, que negaram provimento ao Recurso Especial da VASP¹⁸⁷.

¹⁸⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada: Lei 11.101/2005 comentário artigo por artigo**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.130/131.

¹⁸⁵ Foram consultados os comentários ao art. 43 realizados por Jorge Lobo, Manoel Justino Bezerra Filho, Carlos Klein Zanini, Fábio Ulhoa Coelho e Sérgio Campinho.

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.299.981**. Recorrente: Viação Aérea São Paulo S/A – VASP. Recorrido: Viação Aérea São Paulo S/A - VASP - Massa Falida. Relator Min. Massami Uyeda. Brasília, 15 out. 2012. Acesso em 14.12.2013.

¹⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.299.981**. Recorrente: Viação Aérea São Paulo S/A – VASP. Recorrido: Viação Aérea São Paulo S/A - VASP - Massa Falida. Relatora Min. Nancy Andrighi. Brasília, 11 jun. 2013. Acesso em 14.12.2013.

De qualquer forma, certo é que o controle formal do conflito de interesses incentivado no direito societário, se aplicado ao processo recuperacional, em que pesem algumas vantagens, implicaria graves modificações e limitações ao exercício do direito de voto dos credores, a quem a Lei optou por conferir protagonismo nas deliberações¹⁸⁸.

A Lei 11.101 pressupõe que os protagonistas dessa nova relação crédito-débito coletiva devam se solidarizar com a crise pela qual passa a atividade empresarial por meio de concessões que, inevitavelmente, configurarão sacrifícios. Entretanto, como dito, se observam, nas deliberações, condutas contrárias ao contexto do plano de recuperação e da própria preservação da empresa, voltadas exclusivamente a proveitos individuais.

Nessas hipóteses, o controle do conflito de interesses seria apenas material, ou seja, *a posteriori*, e se restringiria aos casos em que o credor votasse pela rejeição do plano de recuperação judicial, não em razão de seu interesse na satisfação do crédito, mas por motivos alheios ao processo de recuperação¹⁸⁹. Não se pode pressupor abusivo o voto com base no conflito de interesses formal, pois a persecução aos fins da Lei não pode impor ao credor o dever de votar contrariamente ao seu interesse particular de satisfação do seu crédito¹⁹⁰.

De fato, a transposição da teoria do conflito de interesses formal, acolhida no direito societário, para o direito recuperacional não é simples de ser realizada. Muitos aspectos específicos da recuperação judicial devem ser observados de modo a não incorrer em um exercício pendular absoluto em que a preservação da empresa desconsidere o interesse dos credores e a *ratio legis* da Lei.

¹⁸⁸ FARIA, Ely de Oliveira. **Reflexões Acerca do Abuso de Direito de Voto de Credor Contra o plano de Recuperação e Soluções**. Revista de Direito Empresarial e Recuperacional. São Paulo, v.1, n.2. jul/set 2010, p. 30.

¹⁸⁹ “Seriam considerados abusivos e, portanto, anuláveis, votos proferidos pelo credor pautados por um interesse externo, absolutamente estranho ao crédito, como, por exemplo, o de eliminar o seu concorrente. É o caso do credor que votaria contra o plano de recuperação, embora tal plano lhe propiciasse o recebimento do seu crédito. A racionalidade desse voto não estaria no interesse ao recebimento do crédito, mas no interesse de eliminar uma empresa concorrente do mercado”. MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo, v. 36, 2007, p.190.

¹⁹⁰ “De outra parte, seria problemático estabelecer-se aí uma proibição de voto, eis que não se pode dizer *a priori* que o credor concorrente, por exemplo, tenha interesse na falência de seu devedor unicamente para aniquilá-lo. Se o plano de recuperação for inviável, é absolutamente legítimo que o credor vote pela sua desaprovação, no intuito de evitar mais prejuízos ainda.” AZEVEDO, Erasmo Valladão. In: SATIRO JR., F.;PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p. 192.

A Lei 11.101/05 é omissa quanto ao tema do conflito de interesses e do abuso de direito de voto nas deliberações assembleares¹⁹¹. Embora seja difícil determinar qual o interesse da comunhão de credores, certo é que a preservação da empresa recuperanda e a minimização do prejuízo dos credores são interesses hierarquicamente superiores, devendo sempre ser considerados¹⁹². Nesse sentido, o juiz terá de encontrar, no Direito, os instrumentos¹⁹³ que lhe permitam intervir no processo recuperacional em defesa dos objetivos da Lei.

4.3.2.2 Teoria do abuso de direito

O tema do abuso de direito ainda é controvertido na doutrina brasileira apesar de estar presente no debate jurídico desde o início do século passado.

O debate sobre o abuso de direito apareceu primeiramente por iniciativa legislativa, pois o Código Civil de 1916, apesar de não ter sistematizado a regulação do “exercício jurídico”, disciplinou no art. 160, I, e reflexamente no art. 159¹⁹⁴, uma fórmula que poderia ensejar a repressão ao abuso em caráter geral.

A jurisprudência timidamente aderiu à fórmula ao longo do século XX, mas rejeitou a concepção objetiva estampada no art. 160, I, aplicando concepção subjetiva no sentido de conceber malícia e culpa como elementos integrantes do abuso do direito. Diversas foram as construções doutrinárias¹⁹⁵ que utilizaram a

¹⁹¹ “A Lei 11.101, infelizmente, não trata da matéria. E não faltarão hipóteses em que o interesse individual de determinado credor poderá ser substancialmente conflitante com o interesse comum dos credores, o que, em bom Direito, exigiria a anulação da deliberação. Não é fácil, entretanto, conceituar o que seja o interesse comum dos credores”. AZEVEDO, Erasmo Valladão apud DE LUCCA, Newton. **Abuso do Direito de Voto de Credor na Assembléia Geral de Credores Prevista nos Arts. 35 a 46 da Lei 11.01/05**. In DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; LEONARDI ANTONIO, Nilva M. (coord.). *Direito Recuperacional II – Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 225

¹⁹² “Como já visto, o interesse da empresa em recuperação não se confunde com qualquer dos interesses dos grupos nela envolvidos. O traço comum entre todos eles a ser perseguido é a preservação da empresa.” SALOMÃO FILHO, Calixto. In: SATIRO JR., F.; PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p. 50.

¹⁹³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial**. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, v. 36, 2007, p. 189.

¹⁹⁴ “Art. 159. A Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

“Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I – Os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido.” BRASIL. Lei n. 3.071 de 1 de janeiro de 1916. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 22.03.2014.

¹⁹⁵ Como um exemplo das doutrinas do século passado teve grande difusão o pensamento de Washington de Barros Monteiro: “Mas em que consiste o abuso de direito? É questão sobre a qual não existe uniformidade de vistas. Para uns, seu elemento caracterizador repousa na intenção de

figura do abuso de direito como princípio mitigador do absolutismo da concepção de direito individual subjetivo¹⁹⁶, mas apenas na virada do século XXI que a jurisprudência se conduziu no sentido da objetivação do abuso.

Com o advento no novo Código Civil, a adoção da concepção objetiva¹⁹⁷ do abuso de direito manifestou-se na redação do art. 187, em que se abstrai da ação a intenção do agente. Assim, o modo de se exercerem os direitos, faculdades, poderes, pode levar à contrariedade ao Direito, mas essa contrariedade não precisa ser culposa, basta que seja imputável, atribuível a alguém¹⁹⁸. A configuração do abuso está no exercício irregular/anormal de um direito prévio¹⁹⁹, em um desvio de comportamento do agente que usa o direito de forma afastada da ética e de sua finalidade social ou econômica, e não mais naquilo que o titular tenciona.

O Código Civil impõe requisitos para a configuração do abuso de direito na própria redação do art. 187. O dispositivo legal consigna que o ato ilícito também se configura quando o titular de um direito “*excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”.

Dos requisitos ali contidos, pode-se verificar que, além do afastamento do aspecto subjetivo, há outro aspecto da ilicitude prevista no art. 187 que a difere da ilicitude prevista no art. 186. O último dispositivo faz alusão ao dano, ao passo que a ilicitude configuradora do abuso do direito pode ocorrer sem que o comportamento do agente cause prejuízo a alguém. No entanto, a ausência de dano não libera o

prejudicar. Todas as vezes que o titular exerce um direito movido por êsse propósito subalterno, configurado estará o abuso de direito. Para outros, o critério identificador reside na ausência de interesse legítimo. Se o titular exerce o direito de modo contrário ao seu destino, sem o impulso do motivo justificável, verificar-se-á o abuso dele. Finalmente, para outros ainda, esse abuso existirá sempre que seja anormal ou irregular o exercício do direito. Se alguém prejudica a outrem, no exercício de seu direito, fica adstrito a reparar o dano, se êsse exercício é anormal ou não regular”. BARROS MONTEIRO, Washington de. Curso de Direito Civil, Parte Geral. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 295/296.

¹⁹⁶ FARIA, Ely de Oliveira. **Reflexões Acerca do Abuso de Direito de Voto de Credor Contra o plano de Recuperação e Soluções**. In Revista de Direito Empresarial e Recuperacional. São Paulo, v. 1, n. 2, jul/set 2010, p. 37.

¹⁹⁷ “Depreende-se da redação desse artigo, em primeiro lugar, que a concepção adotada em relação ao abuso do direito é objetiva, pois não é necessária a *consciência* de se excederem, com seu exercício, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do direito; basta que se excedam esses limites.” CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 161.

¹⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé**. In Questões controvertidas – Parte Geral do Código Civil. São Paulo: Método, 2007, p. 519/520.

¹⁹⁹ “[...] a noção de abuso do direito, segundo penso, liga-se ao exercício irregular desse direito, vale dizer, existe um direito prévio que pode ser evidentemente usado, mas desde que não ultrapasse os limites funcionais desse mesmo direito.” DE LUCCA, Newton. **Abuso do Direito de Voto de Credor na Assembleia Geral de Credores Prevista nos Arts. 35 a 46 da Lei 11.01./05**. In DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; LEONARDI ANTONIO, Nilva M. (coord.). Direito Recuperacional II – Aspectos Teóricos e Práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p.223.

exercício abusivo de ser sancionado; pelo contrário, a previsão do art. 187 amplia a possibilidade de responsabilidade civil.

Hoje, no Direito brasileiro, a expressão “abuso de direito” recobre os variados casos de exercício jurídico inadmissível, indicando forma de ilicitude civil e objetiva, cujos resultados vão além da eficácia indenizatória. O ordenamento jurídico admite sanções distintas da obrigação de indenizar²⁰⁰. Dependendo do modo como o abuso se expressa, a sanção poderá ser tanto uma nulidade negocial, como um fato gerador de responsabilidade civil pelos danos provocados, como ainda a própria neutralização do direito “que se esvazia na sua eficácia típica como se não existisse”²⁰¹. Como bem esclarece Cavalieri Filho, “ora a sanção será a nulidade do ato, ora a perda de um direito processual ou material e assim por diante”²⁰².

A amplitude sem igual de sua hipótese de incidência e a generalidade de seus requisitos caracterizadores, extraídos do art. 187, elevam a reprovabilidade do abuso de direito à categoria de princípio geral, concedendo maior mobilidade ao sistema e permitindo ao instituto incidir em todas as áreas do Direito, “pois a expressão ‘o titular de um direito’ abrange todo e qualquer direito subjetivo cujos limites foram excedidos”²⁰³.

O novo Código Civil, portanto, exclui da configuração do abuso de direito o aspecto subjetivo, bem como afasta o dano à esfera jurídica de outrem como característica desse instituto, ampliando as possibilidades de responsabilidade civil. De outro lado, o referido diploma legal erige o art. 187 à categoria de cláusula geral do ordenamento, permitindo a sua aplicação não apenas às relações reguladas pelo Código Civil, mas em todo o Direito Privado, inclusive na recuperação judicial.

²⁰⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 162.

²⁰¹ Processo nº 207/00, Lisboa, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Relator Noronha Nascimento, j. em 4 de outubro de 2000, *apud* MARTINS-COSTA, Judith. **Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé**. In *Questões controvertidas – Parte Geral do Código Civil*. São Paulo: Método, 2007, p. 525.

²⁰² *Op. Cit.*, p. 162.

²⁰³ *Ibidem*, p. 163.

4.3.2.3 Abuso do direito de voto dos credores: o precedente Variglog

A sentença que, ao analisar o pedido de aplicação do *Cram Down* previsto do art. 58, §1º da Lei 11.101, impôs o plano de recuperação da Variglog²⁰⁴ – mesmo após a rejeição deste em assembleia geral de credores – foi uma das primeiras decisões sobre o tema do abuso do direito de voto dos credores em assembleia.

A recuperanda, Variglog, requereu à juíza de direito da 1ª Vara de falências e recuperações judiciais da Comarca de São Paulo a concessão da recuperação judicial com base no art. 58, §1º da Lei 11.101, visto que o plano de recuperação havia sido rejeitado por 62,17% dos créditos da classe do inciso II do art. 41.

A sentença, em que pese reconhecer o não preenchimento do requisito previsto no inciso I do §1º do art. 58, deferiu a pretensão por ter constatado que a rejeição do plano se deu em razão do evidente abuso do direito de voto de alguns credores, cuja manifestação contrária ao plano estava relacionada, entre outros, a interesses concorrenciais:

Ocorre que ao analisar o conteúdo da votação e o próprio contexto fático da presente recuperação, inevitável não se deparar com questões relacionadas ao direito de concorrência, que de maneira direta importaram na rejeição do plano por alguns detentores de créditos submetidos a recuperação, desde que no exercício do seu direito de voto buscaram fazer prevalecer interesses reflexos ao mero recebimento de seus créditos, em postura nitidamente incongruente com tal objetivo, revelando verdadeiro abuso do direito de voto.

Como exige o art. 187 do Código Civil²⁰⁵, a análise da sentença não se restringiu à alegação genérica do exercício disfuncional do direito de voto. O juízo constatou que dos 129 credores presentes à assembleia, 27 rejeitaram o plano, dentre os quais alguns que detinham interesses concorrenciais alheios à recuperação de seus créditos e à recuperação da empresa. Mas não só o interesse

²⁰⁴ SÃO PAULO. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo. Sentença no processo n. **100.09.121755-9**. **Requerente:** Varig Logística S/A. **Requerido:** Varig Logística S/A. São Paulo, 5 out. 2009. Número do Diário: 581, Página: 1044/1057.

²⁰⁵ Segundo Sérgio Cavalieri Filho, a expressão “excede manifestamente” constante no texto do art. 187 tem como fim impedir o excessivo subjetivismo dos juízes, os quais devem apontar, em cada caso, os fatos que tornam evidente o abuso de direito, evitando-se, assim, arbitrariedade. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 164.

concorrencial foi considerado; a decisão também expôs o comportamento incongruente desses credores que tornou evidente o desinteresse destes na aprovação do plano de recuperação por motivos alheios a seus créditos, o que foi corroborado pela ausência de fundamentos específicos à rejeição do plano apresentado²⁰⁶.

Nesse contexto, a partir dos princípios da ordem econômica, previstos no art. 170 da Constituição Federal, que objetivam coibir o abuso de poder econômico, a decisão conclui, analogicamente, pela necessidade de neutralização e repressão de comportamentos oportunistas de credores com interesses concorrenciais relevantes na empresa recuperanda:

Portanto, não se mostra equânime que interesses externos ao contexto da recuperação da companhia Varig Logística, por meio do abuso do direito de voto, façam prevalecer a influencia mediata de uma ou algumas empresas sobre a política decisória da outra, desde que há o acesso de credores com interesses concorrenciais por meio do voto, tanto a informações concorrenciais relevantes, quanto ao poder decisório equivalente ao que ocorre no "interlocks".

²⁰⁶ "Este o caso, por exemplo, da Atlantic Aviation Investment LLC, maior credora quirográfaria (crédito de R\$ 28.522.124,96) e que representa interesses da concorrente Lan Chile, desde que pertencem ao mesmo grupo. Ora, além da situação concorrencial em si, a credora em questão move execução de sentença proferida pela corte de Nova York, Estados Unidos da América, com arresto de valores deferido pela Corte de Genebra, Suíça, tanto que refere seu pleito de maneira categórica na própria impugnação apresentada na presente recuperação judicial, no sentido de que aquela constrição de valores não se submete ao juízo das recuperações (inicial copiada nas fls. 3828/3835), quando é cediço que os valores naquele país bloqueados representam capital considerável e de fundamental importância para a implementação, inclusive, do plano de recuperação da Varig Logística. O seu interesse na falência da recuperanda parece evidente, quando a credora demonstra a incongruência de sua postura ao contestar a submissão de seu crédito aos efeitos da recuperação e, contraditoriamente, usar de tal crédito como suporte para o exercício de seu direito de voto de rejeição ao plano, hipótese em que, caso decretada a falência e se submetida ao concurso de credores, possivelmente não receberia seu crédito, o contrário ocorrendo caso consiga ter acesso ao valor seqüestrado pela Corte da Suíça. Também apontam nuances estranhas ao interesse interno de credores submetidos à recuperação judicial os votos das arrendadoras de aeronaves [...], que impugnaram sua submissão à recuperação (fls. 2412/2541), mas, por outro lado, manifestaram voto contrário à aprovação do plano. Some-se a isso a existência de litígio na Corte Norte-Americana de Nova York, onde são discutidos pela credora Pegasus débitos e direitos decorrentes de contratos de "leasing" em face da recuperanda e de seu antigo controlador, situação que torna evidente o desinteresse na aprovação do plano de recuperação. Do mesmo modo, a credora Shell do Brasil S/A quando das tratativas do plano manifestou seu interesse de exclusividade na distribuição à recuperanda independente de preço, condição por esta não acolhida, por evidente desproporção, e que culminou com a rejeição do plano." SÃO PAULO. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo. Sentença do processo n. **100.09.121755-9**. **Requerente:** Varig Logística S/A. **Requerido:** Varig Logística S/A. São Paulo, 5 out. 2009. D.O 581, Página: 1044/1057.

Reconhecendo a viabilidade do plano e a possibilidade de recuperação da empresa, inclusive com apresentação de dados fáticos, a sentença ressalta que, para além da literalidade da lei, deve o magistrado ter discricionariedade para ponderar os interesses em jogo, mas sempre tendo como norte o princípio da preservação da empresa.

Por fim, aquele Juízo entendeu por observados os requisitos objetivos do “cram down” brasileiro, com base na aprovação do plano por 79,07% dos credores presentes, em que pese o art. 58, §1º, I, exigir a maioria dos créditos. Outrossim, verificada a ausência de prejuízo aos credores que haviam reprovado o plano, mormente ante a constatação dos aspectos relacionados ao direito concorrencial, e sendo comprovada a capacidade de recuperação da Variglog, o Juízo acabou por, excepcionalmente²⁰⁷, deferir o pedido de aprovação do plano de recuperação, consoante o art. 58, §1º da Lei 11.101/05, tendo como forte fundamento a prevalência da função social e a preservação da empresa.

4.3.2.4 Possibilidade de controle do exercício do voto

O precedente comentado acima demonstra que o fato da Lei 11.101/05 ser omissa quanto ao abuso do direito de voto dos credores não significa, entretanto, que tal vício não possa ser sanado.

Outrossim, viu-se que muitos doutrinadores defendem a aplicação analógica do regime previsto no art. 115 da Lei 6.404/76 nas hipóteses de conflito de interesses. No entanto, as peculiaridades do processo de recuperação dificultam a transposição da *teoria do conflito de interesses formal* a esta relação crédito-débito, mormente ante o risco de restringir direitos e de contrariar a opção legislativa de conferir maiores poderes aos credores.

Demonstrou-se também que a teoria do abuso de direito, hoje consolidada no art. 187 do Código Civil de 2002, é plenamente aplicável ao processo de recuperação de empresas. O viés objetivo da previsão, que repugna o comportamento antijurídico, sem relevar a intenção do agente, bem como a

²⁰⁷ “Anoto que, obviamente, a situação é excepcional, porém, certamente, atende aos princípios que nortearam o legislador da lei recuperacional, mormente observado o caso concreto, de onde extraio a possibilidade de recuperação, sem qualquer afronta aos demais dispositivos da lei sem carga principiológica evidente.” SÃO PAULO. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo. Sentença do processo n. **100.09.121755-9**. **Requerente:** Varig Logística S/A. **Requerido:** Varig Logística S/A. São Paulo, 5 out. 2009. D.O 581, Página: 1044/1057.

inexigência de dano para a configuração do ilícito, ampliam as possibilidades de sanção ao exercício abusivo de direito, o que confere discricionariedade ao julgador na verificação de abuso no caso concreto.

Essa ampliação de possibilidades ao julgador pode ser observada na sentença proferida no processo de recuperação judicial da Variglog, em que o abuso do direito de voto foi constatado tanto pelo comportamento incongruente de alguns credores, quanto pelo conflito de interesses concorrenciais. Aliás, quanto ao último, a decisão demonstra a possibilidade de aplicação analógica também dos princípios da ordem econômica e das regras a eles atinentes.

Mas não só em lei específica se encontram instrumentos para o controle dos poderes que a lei conferiu, sem freio ou contrapeso²⁰⁸, aos credores. O direito comparado, conforme exposto no item 4.2.2 supra, confere alternativas que podem ajudar o julgador a suprir a lacuna da lei.

Através das proposituras legislativas citadas se constata que, independentemente do instrumento adotado, o controle do voto do credor, em assembleia que delibera sobre o plano de recuperação apresentado, se faz necessário²⁰⁹, notadamente porque a rejeição deste pode ter como consequência a falência de uma empresa viável.

A experiência pós-2005 tem mostrado que, na maioria dos casos, uma vez deferido o processamento da recuperação judicial, o procedimento “extra-autos”²¹⁰ revela-se um verdadeiro jogo de pressões e negociações. O devedor passa a

²⁰⁸ “O controle externo pelos credores é um desses meios, o que é arquisabido, pelo muito que já foi escrito a respeito, também na literatura jurídica, inclusive a nacional. Apesar disso, não parece que a lei 11.101 tenha encaminhado soluções adequadas a esse fenômeno co-essencial ao capitalismo, que pode comprometer as boas intenções do legislador, que ao menos poderia ter instituído adequados mecanismos de “freios e contrapesos”, analogamente as soluções bem desenvolvidas pela doutrina política e constitucionalista, a partir do século XVIII (com Montesquieu à frente).” PENTEADO, Mauro R. In: SATIRO JR., F.; PITOMBO, A.S.S. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p. 73.

²⁰⁹ “Das proposituras sistêmicas extraídas das legislações mencionadas, pode-se, então, afirmar que o controle de voto em assembleia de credor destinada à apreciação do plano de recuperação judicial, diante da alta relevância de suas consequências, é imprescindível.” FARIA, Ely de Oliveira. **Reflexões Acerca do Abuso de Direito de Voto de Credor Contra o plano de Recuperação e Soluções**. In Revista de Direito Empresarial e Recuperacional. São Paulo, v.1, n. 2, jul/set 2010, p. 57.

²¹⁰ “Consta que na maior parte das vezes, o processo de *reorganization* ocorre depois de já ter ocorrido discussão extrajudicial entre os titulares da relação débito-crédito. Por isso, é a inda da doutrina a afirmativa de que “reorganização é um processo de negociação, acomodação e compromisso, conduzido, na maior parte das vezes, fora da corte.” CAMIÑA MOREIRA, Alberto. **Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público**. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 249.

negociar com seus credores com intuito de formular um plano de recuperação²¹¹ que seja aprovado em assembleia e homologado pelo Judiciário. Assim, é comum que, antes da data marcada para o conclave, já se possa saber o posicionamento de alguns credores quanto à aprovação ou não do plano.

Nesse contexto, seria admissível o controle *a priori* do voto, mas não com o mesmo sentido daquele conferido na sistemática da Lei das Sociedades Anônimas, que pode ser refutado como demonstrado supra, mas sim como medida cautelar²¹².

A Lei 11.101/05 está inserida em um ordenamento jurídico cuja validade emana da Constituição Federal. Esta, em seu art. 5º, inciso XXXV²¹³, consagra o direito fundamental à jurisdição. Assim, algum legitimado que tenha sido ou tema ser indevidamente afetado pelo exercício abusivo do direito de voto poderá provocar o juiz²¹⁴ para que este intime o outro credor com interesse conflitivo a fundamentar ou explicar o seu posicionamento. Como bem ressaltou a sentença que impôs o plano de recuperação da Variglog, o comportamento incongruente somado à ausência de fundamentação do voto²¹⁵ demonstra, ao menos, uma faísca de exercício irregular do direito de voto.

Acredita-se que essa prática – de provocação da manifestação prévia do credor em conflito de interesses na recuperação judicial – possa coibir o exercício abusivo do direito de voto nas assembleias e aproximar a maioria dos credores de

²¹¹ “A adoção do modelo de negociação estruturada (*structured bargaining*) pelo diploma brasileiro é particularmente significativa, na medida em que possibilita, ao mesmo tempo, liberdade para devedor e credores discutirem amplamente o plano de recuperação, e o controle de sua legalidade pelo juiz.”. TOLEDO, Paulo Fernando C. S. de. **O plano de recuperação e o controle judicial da legalidade**. In Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo, v.60, 2013, p. 312.

²¹² “A circunstancia de não haver invalidação da decisão assemblear não implica a isenção daquele que dolosamente, de má-fé procedeu ao criar situação artificial, com fito de obter situação vantajosa na deliberação. A conclusão, todavia, não impõe aos interessados um imobilismo, tendo que aguardar impávidos a ocorrência do dano para só aí ter a reparação do direito malferido. Não se pode deles retirar o direito a medidas preventivas, para evitar, justamente, que sofram o dano, porquanto constitucionalmente lhes é assegurado se proteger contra ameaça a direito (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXV).” CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa, o novo regime de insolvência empresarial**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 89.

²¹³ “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 22.03.2014.

²¹⁴ “Nesta vereda, deverá ser provocada a jurisdição por alguém que tenha sido indevidamente afetado pelo exercício abusivo do direito, concorrendo tanto a recuperanda quando os credores, repousando, aqui, a noção de legitimidade.” FARIA, Ely de Oliveira. **Reflexões Acerca do Abuso de Direito de Voto de Credor Contra o plano de Recuperação e Soluções**. In Revista de Direito Empresarial e Recuperacional. São Paulo, v. 1, n.2, jul/set 2010, p. 57.

²¹⁵ “Merece destaque o fato de que as credoras em questão não apresentaram rejeição ao plano de maneira específica e fundamentada (...)”. SÃO PAULO. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da comarca de São Paulo. Sentença do Processo de nº 100.09.121755-9. Data da Publicação: 23/10/2009. Número do Diário: 581, Página: 1044/1057.

uma avaliação objetiva e técnica do plano²¹⁶. De qualquer forma, na pior das hipóteses, mesmo que o voto proferido em exercício disfuncional do direito, e já conhecido previamente, prevaleça, e o plano seja rejeitado em assembleia, ainda assim caberiam as medidas de controle *a posteriori*, como a desconsideração do voto viciado, o “cram down”, perdas e danos, etc.

Com essa solução defendida por Campinho e Ely Faria de Oliveira, a *ratio legis* de conferir autonomia aos credores resta intocada, ao mesmo tempo em que confere ao juiz e às demais partes um instrumento de controle do exercício do direito de voto, que não restringe direitos e ainda colabora para a segurança e a efetividade do conclave.

4.4 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Toda empresa que pretende obter a recuperação judicial tem como dever a apresentação de um plano de recuperação. Se houver impugnação a este, obrigatoriamente a proposta de recuperação deve ser aprovada em assembleia, seja pelo quórum do art. 45, seja pelo quórum alternativo do art. 58, §1º, para a concessão do regime recuperatório.

A aprovação do plano de recuperação é o objetivo buscado pelo devedor na conjuntura da crise empresarial, principalmente se houver condições para a superação desta. Se o devedor consegue demonstrar na proposta apresentada a sua capacidade de reorganização, então um provável resultado da assembleia geral será a aprovação do plano de recuperação.

No entanto, os interesses envolvidos na relação em epígrafe são muito mais complexos, de onde podem ser extraídos diversos e, algumas vezes, indevidos resultados.

A proposta apresentada pelo devedor pode não agradar a todos os credores. Nessa hipótese, a recuperanda pode modificar o plano originalmente apresentado a fim de angariar os votos contrários ou, ainda, requerer a imposição do plano aos credores dissidentes quando houver conseguido a vênua de uma maioria alternativa. Cabe ressaltar, entretanto, que a Lei mostra-se insuficiente para a solução das

²¹⁶ NUNES, Marcelo G. e BARRETO, Marco A. F. **Alguns apontamentos sobre comunhão de credores e viabilidade econômica**. In Direito Societário e a nova lei de falência e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.326.

controvérsias que poderão surgir nesses casos, sendo alvo de críticas e de flexibilização pelos tribunais.

Outro resultado da assembleia geral de credores que delibera sobre o plano de recuperação pode ser a rejeição deste plano pela maioria dos credores. No entanto, nem sempre esse resultado decorre da manifesta inviabilidade do plano ou da incapacidade da empresa de se recuperar. Pode acontecer de a recuperanda apresentar todos os requisitos para a sua preservação, mas este fim pode ser deturpado pelo comportamento de alguns credores que utilizam o seu direito de voto de forma abusiva em razão de interesses alheios à relação creditícia em epígrafe. Não obstante a Lei silenciar sobre esse aspecto, alternativas e propostas não faltam para suprir essa lacuna.

5 CONCLUSÃO

O mérito inegável da Lei 11.101/05 foi ter reconquistado o interesse dos credores em participar do processo de manutenção da empresa em crise. Ao conferir instrumentos, direitos e até deveres aos titulares de crédito, a nova Lei contribuiu para a restauração da confiança no mercado brasileiro, em consonância com a pressão externa que o país sofria no início dos anos 2000.

Ao atribuir prerrogativas inéditas aos credores, inclusive de influenciar no destino da recuperanda, a Lei pressupôs que os interessados se solidarizariam com a crise da empresa e envidariam esforços para a sua superação. No entanto, mudar a cultura da indiferença e do individualismo não é objetivo que se alcança apenas com a promulgação de lei.

Como os hábitos não mudam da noite para o dia, observa-se que a Lei 11.101/05, ao mesmo tempo em que concedeu poderes aos credores, tentou limitá-los ou condicioná-los, seja por meio das formalidades e condições exigidas para a validade da assembleia, seja por meio de seus imperiosos objetivos. Muitas das previsões legais, de tão literalmente categóricas, seriam um obstáculo para a recuperação da empresa se não fosse a atuação do juiz e do administrador judicial em flexibilizar a Lei ao aplicá-la ao caso concreto.

As decisões judiciais citadas ao longo deste trabalho demonstram o papel fundamental desses agentes na concreção da Lei. Exemplo disso é o precedente Variglog – em que o julgador aplicou o “cram down” brasileiro não obstante a ausência de todos os requisitos objetivos exigidos pela Lei – assim como o despacho do juízo da recuperação da VRS Indústria de Laticínios LTDA, que permitiu a publicação dos editais de apresentação do plano e de convocação da assembleia de forma concomitante, em razão da urgência na aprovação do plano de recuperação, e, ainda, as várias decisões que relativizam a soberania da assembleia geral de credores quando a deliberação contraria o Direito.

A assembleia de credores é o último momento em que devedor e credor podem ceder e acordar cláusulas que agradem ambos minimamente, evitando-se, assim, a imposição do plano ou a convolação da recuperação judicial em falência. Por ser o último momento em que essas cláusulas podem ser incluídas no plano de recuperação, muitos questionamentos podem ser feitos à opção legislativa de não

permitir a modificação do plano em momento diferente ao da reunião e de limitar a extensão e profundidade das alterações.

Para evitar que o processo de recuperação se torne uma bagunça, a Lei determina que alterações posteriores à apresentação do plano só podem ser realizadas em assembleia. No entanto, essa determinação acaba por engessar a proposta do devedor, que pode se tornar obsoleta até o dia do conclave. Nesse sentido, louvável a permissão judicial de apresentação de novo plano em momento diferente ao da assembleia, desde que não cause prejuízo aos credores.

Ainda quanto a esse ponto, se a modificação só pode ocorrer em assembleia, a deliberação dos credores, antes do crivo judicial, dependendo da matéria, tem que se sujeitar à vênia, em assembleia própria, dos sócios da recuperanda. Isso gera aparente conflito entre a preservação da empresa e o interesse dos empresários, mormente se for considerado que o art. 43 exclui o direito de voto dos sócios justamente para que eles não influenciem diretamente no resultado da deliberação.

Essa incoerência, no entanto, não ocorreria se a Lei, seguindo o modelo da legislação norte-americana, não restringisse a manifestação dos credores ao momento da assembleia e permitisse atuação propositiva dessas partes. Se um dos objetivos da Lei 11.101/05 é proteger o crédito, porque os seus titulares não têm legitimidade para requerer a recuperação judicial quando perceberem que o devedor não honrará suas dívidas? Mesmo entendendo-se que tal prerrogativa pode importar atitudes temerárias ou precipitadas, já que o credor não tem conhecimento completo da situação financeira do devedor, ainda resta outro questionamento: uma vez requerida a recuperação judicial e exposta a situação de crise, inclusive com disponibilidade dos livros contábeis e listados os ativos da empresa, por que não permitir que algum credor ou credores apresentem um plano de recuperação alternativo?

Repetiu-se, neste trabalho, que o credor tem legitimidade para pretender receber seus créditos sem qualquer compromisso com a recuperação da empresa devedora. A Lei dá esse poder/direito ao titular do crédito, mas não de forma absoluta. O juízo de conveniência individual do credor está limitado ao interesse legítimo dos demais credores e ao princípio da preservação da empresa.

De qualquer forma, verifica-se que texto da Lei 11.101/05 busca conferir maiores poderes aos credores e restringir a influência do magistrado no processo de recuperação. No entanto, os credores têm de aguardar a iniciativa do devedor para

exercerem esses poderes, o que, dependendo da matéria, só pode ocorrer em momento específico determinado em Lei, a saber, na assembleia. Outrossim, o magistrado, para cumprir os objetivos da Lei, tem que relativizar as determinações categóricas da mesma, muitas vezes contrariando-a.

Nem sempre assembleia de credores que delibera sobre o plano de recuperação consegue alcançar a maioria exigida pela Lei. Casos há em que o plano apresentado é aprovado por determinada maioria (voto por cabeça, por exemplo), mas rejeitado por outra (voto por valor do crédito, por exemplo). Como o art. 45 exige unanimidade na votação de classe, havendo a rejeição por uma parte dos credores, o plano não é aprovado, restando ao devedor postular em juízo a sua imposição.

Verifica-se que a última chance da recuperanda ter seu plano homologado e manter-se em operação pode vir justamente da manifestação do Poder Judiciário, cuja participação ativa foi tolhida pelo texto da Lei. No entanto, não obstante a literalidade da Lei, os magistrados têm exercido importante papel na concreção dos seus objetivos. O problema que se verifica é que a LFRE tentou evitar a interferência do magistrado, até mesmo ignorando-a, sem prever, portanto, qualquer mecanismo para evitar discricionariedade nessa inevitável atuação.

A legislação norte-americana, nesse sentido, pode fornecer subsídios aos juízes brasileiros quando apreciarem o requerimento de determinação do “cram down” brasileiro, já que a realidade tem exigido que esses profissionais superem os requisitos objetivos do §1º do art. 58, a exemplo do precedente Variglog.

Retomando o desafio da nova lei de superar a indiferença e o individualismo por parte dos credores, em que pese a separação destes em classes para fins de voto, a LFRE também não contém mecanismo capaz de impedir a manipulação da vontade coletiva dos credores.

A assembléia geral de credores, que delibera sobre o plano de recuperação, tem como função extrair do complexo feixe de interesses a vontade vetorial da “comunhão de credores”. Os interesses dos titulares de crédito são múltiplos, mas, independentemente da sua inclinação, o objetivo unânime entre essas partes é evitar maiores prejuízos. Os credores têm a prerrogativa exclusiva de deliberar sobre o plano de recuperação, já que este contém determinações que alteram substancialmente seus créditos. No entanto, a Lei 11.101/05 é absolutamente omissa quanto ao tratamento das hipóteses de abuso dessa prerrogativa.

O art. 43 retira o direito de voto daqueles credores que a LFRE reconhece haver conflito de interesses na deliberação. Por outro lado, aos credores não incluídos no referido dispositivo não há qualquer previsão legal em relação ao conflito de interesses e ao abuso do direito de voto. Este trabalho não conseguiu esclarecer se essa omissão decorre ou de uma opção legislativa – no sentido de evitar qualquer embaraço aos credores, não importando o modo como o direito de voto é exercido, desde que seja exercido – ou de lapso na elaboração da Lei.

Independentemente de qual tenha sido a intenção à época da promulgação da Lei, inegável que o intérprete não pode se manter inerte aos casos de abuso, mais ainda se este conduzir indevidamente o resultado da assembleia geral de credores.

No último capítulo deste trabalho, demonstrou-se que existem várias propostas para suprir essa lacuna legal. A mais difundida é a aplicação subsidiária da Lei das S/A aos casos de conflito de interesses, consoante o seu art. 115, em que se neutraliza o direito de voto do acionista que tem interesse especial na matéria em deliberação. No entanto, a transposição da teoria do conflito de interesse formal da LSA aos casos da LFRE é complicada em razão das peculiaridades presentes nas relações creditícias reguladas pelo segundo diploma legal.

Outra proposta é a incidência da reprovabilidade do exercício inadmissível de direito que, em que pese positivada no art. 187 do Código Civil, configura-se como princípio geral de Direito, aplicável a qualquer titular de direito subjetivo, *in casu*, os credores. A vantagem desta proposta consiste na ampliação das possibilidades de responsabilidade civil, cuja cominação vai além da indenização, podendo adaptar-se à necessidade do caso concreto.

De nada adianta, no entanto, o reconhecimento do abuso do direito de voto do credor em assembleia quando o resultado desta já tiver sido homologado e estiver produzindo efeitos, inclusive para terceiros. Nesse sentido, a proposta de que, por meio de medida cautelar, qualquer legitimado possa provocar o juiz a intimar outro credor com interesse conflitivo a fundamentar ou explicar o seu posicionamento antes da realização da assembleia é a que aparentemente melhor se adapta à recuperação judicial.

Por fim, cabe destacar que a assembleia geral de credores, embora seja um evento oficial e previsto na Lei 11.101/05, não conta com participação judicial. Em não havendo qualquer impugnação ao ocorrido em assembleia, a princípio, somente

as informações contidas na ata do conclave são noticiadas e publicizadas nos autos do processo de recuperação.

A hostilidade das partes reunidas, a tensão e a pressão sobre a recuperanda e seus principais credores no momento do conclave revelam a dificuldade para a aprovação da proposta do devedor mesmo que esta seja viável. Contudo, não há documento hábil a comprovar essa realidade, que é conhecida por quem presencia esse tipo de reunião. Esse apontamento é importante porque, de certa forma, a doutrina trata a formação da vontade coletiva dos credores de modo simplista. Desde a introdução deste trabalho, tem-se afirmado que a recuperação judicial não se define pela mera negociação entre devedor e credores, sendo muito mais um ambiente de pressões e de articulação de interesses cujo ápice ocorre na assembleia.

Disso se conclui que o estudo da assembleia geral de credores, que delibera sobre o plano de recuperação, não se esgota nos aspectos apresentados neste trabalho. A realidade é muito mais rica e complexa do que a doutrina pode apreender, do que a jurisprudência pode apreciar e do que o legislador deve prever. Assim, para finalizar, merece ser destacado o papel fundamental do intérprete, que pode se utilizar do arcabouço jurídico brasileiro, e até mesmo estrangeiro, para resolver as situações que a Lei 11.101/05, pela característica genérica inerente aos diplomas normativos, não se mostra suficiente.

REFERÊNCIAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada**: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de Direito Civil**, Parte Geral. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1967.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **O poder dos credores e o poder do juiz na falência e recuperação judicial**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 936, p. 46, 2013.

BRASIL. **Lei n. 3.071** de 1 de janeiro de 1916. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 22.03.2014.

BRASIL. **Lei n. 6.404** de 15 de dezembro de 1976. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em 21.12.2013.

BRASIL, **Lei n. 11.101** de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em 11.05.2013.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: O novo regime de insolvência empresarial**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários a Lei de Sociedades Anônimas**, vol. 2. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Função social da propriedade dos bens de produção**. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, e Financeiro. São Paulo, ano 15, n.63, jul/set 1986, p.71-79.

_____. **Estado, empresa e Função Social**. In Revista dos Tribunais. Ano 85, v. 732, out 1996, p. 38-46.

COROTTO, Susana. **Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão: comparação entre a Lei de Recuperação e Falências de Empresas (LRFE) e a**

Insolvenzordnung (InsO) sob a ótica da viabilidade prática. 1. Ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris ed., 2009.

DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; LEONARDI ANTONIO, Nilva M. (coord.). **Direito Recuperacional II – Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa . **Comentários a nova lei de falências e de recuperação de empresas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 107.

_____. **Curso de Direito Comercial**, Vol. 3. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa, vol.3**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIA, Ely de Oliveira. **Reflexões Acerca do Abuso de Direito de Voto de Credor Contra o plano de Recuperação e Soluções**. In Revista de Direito Empresarial e Recuperacional. São Paulo, v. 1, n.2, jul/set 2010, p. 29-68.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falências e recuperação de empresas**. 5. Ed. São Paulo:Atlas, 2010.

LOBO, Otto Eduardo Fonseca (Coord). **World Insolvency Systems: a comparative study**. Rio de Janeiro: Carswell, 2009.

LOPUCKI, Lynn M., TRIANTIS, George G. **A systems approach to comparing U.S. and Canadian reorganization of financially distressed companies**. Harvard International Law Journal, v. 35, n.2, p. 267-343, 1994.

SPINELLI, Luis Felipe. **O conflito de interesses na administração da sociedade anônima**. 1. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____.; TELLECHEA, Rodrigo, SCALZILLI, João Pedro. **Recuperação extrajudicial de empresas**. 1. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

MANDEL, Julio Kahan. **Da convolação da recuperação judicial em falência**. In Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo, v. 36, 2007, p. 244.

MARTINS-COSTA, Judith. **Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé**. In Questões controvertidas – Parte Geral do Código Civil. São Paulo: Método, 2007.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Poderes da assembléia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público**. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, Cap. 7, p. 247-274, 2005.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial.** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo, v. 36, p. 184-196, 2007.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar, vol. 1.** 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Curso de Direito Falimentar, vol. 2.** 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **A crise do direito falimentar brasileiro – Reforma da lei de Falência.** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo, vol. 20, p. 199-208, 2001.

SADDI, Jairo. **Assembleia de Credores: um ano de experiência da nova lei de falências. Uma avaliação.** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v. 36, p. 214-220, 2007.

SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). **A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101/05.** 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SATIRO JR., F.; PITOMBO, A.S.S. (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** 1. Ed. São Paulo: RT, 2005.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **Interesses Transindividuais dos Credores nas Assembleias Gerais e Sistemas de Aprovação do Plano de Recuperação Judicial.** In Direito Recuperacional, São Paulo: Quartier Latin, p. 59, 2009.

SZTAJN, Rachel. **Notas Sobre as Assembléias de Credores na Lei de Recuperação de Empresas.** Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, vol. 12. Belo Horizonte, p. 297-327, 2006.

TOLEDO, Paulo F. C. S. de. **O plano de recuperação e o controle judicial da legalidade.** In Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 60. Porto Alegre: RT, p. 307-318, 2013.

_____; ABRÃO, Carlor Henrique (Coords). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VERÇOSA, Haroldo M. D. **Curso de Direito Comercial, vol. 1.** 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria Falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei nº 11.101/05.** 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.