



# PUC

**DEPARTAMENTO DE  
DIREITO**

---

**Voto abusivo dos credores quando da  
aprovação do plano de recuperação judicial  
por**

**Arnaldo Cardoso Mangueira**

**ORIENTADOR: Bruno Vaz de Carvalho**

**2016.2**

---

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO – BRASIL

# **VOTO ABUSIVO DOS CREDORES QUANDO DA APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

**POR**

**ARNALDO CARDOSO MANGUEIRA**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Bruno Vaz de Carvalho.

**2016.2**

*“Os que caírem em pobreza sem culpa sua, por receberem grandes perdas do mar, ou na terra, em seus tratos e comércios lícitos, não constante de algum dolo ou malícia, não incorrerão de crime algum”.*

**Regra VIII do Alvará de 1756 de  
Marques de Pombal**

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço a Deus por ter permitido que tudo isso acontecesse.

Aos meus pais e familiares, que sempre foram a argamassa que sustentou os ladrilhos da minha vida, sempre dispostos a oferecer apoio e carinho.

A Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e seu corpo docente, pela oportunidade ímpar de ter expandido meus horizontes.

Aos meus amigos, que tanto contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho.

Por fim, agradeço ao meu orientador, professor Bruno Vaz, pela confiança depositada.

.

## **Resumo**

O presente trabalho teve como objetivo analisar os escopos da recuperação judicial que foram traçados pela Lei 11.101/2005, em claro contraste com o instituto da concordata, previsto pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945. Diante disso, destacou-se o papel fundamental exercido pela Assembleia Geral de credores, já que pela nova legislação tal órgão passou a exercer papel de destaque na decisão de diversos assuntos primordiais para a efetiva recuperação da empresa em crise. Cabe a tal órgão, por exemplo, a deliberação a respeito da aprovação ou rejeição do plano de recuperação apresentado pelo devedor. É com relação à esta competência que este trabalho debruça seu foco, sobretudo no que concerne ao abuso de direito que pode eventualmente permear o voto dos credores e, em consequência disso, a possível atuação do poder judiciário na reprimenda de tal comportamento.

## **Palavras-Chave**

Recuperação judicial; abuso do direito de voto; *cram down*; assembleia geral de credores; aprovação do plano de recuperação.

## Sumário

1. Introdução .....	7
2. Da Recuperação Judicial .....	9
2.1 Conceito .....	9
2.2 Natureza Jurídica .....	10
2.3 O fenômeno da crise na empresa .....	12
2.4 Transição da Lei de Falências e Concordatas para a Lei de Falências e Recuperação de Empresas .....	14
3. Dos princípios regentes .....	17
3.1 Preservação da empresa .....	17
3.2 Separação do conceito de empresa e empresário .....	22
3.3 A função social e a proteção dos trabalhadores .....	23
3.4 Efetiva participação dos credores .....	25
3.5 Maximização ou otimização do valor dos ativos do devedor .....	28
4. Da Assembleia Geral de Credores .....	30
4.1 Aspectos formais para a realização da Assembleia Geral de Credores ... ..	31
4.2 Convocação .....	33
4.3 Quórum de instalação .....	34
4.4 Composição .....	35
4.5 Deliberações .....	36
4.6 Competência .....	37
4.7 A aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação .....	40
5. Do <i>cram down</i> .....	42
5.1 O <i>cram down</i> brasileiro e as críticas mais relevantes à aplicação do instituto .....	43
6. Do abuso de direito .....	46
6.1 Da aplicação da teoria do abuso do direito de voto na recuperação judicial como alternativa ao engessamento do magistrado diante das limitações impostas pelo <i>cram down</i> brasileiro .....	47
6.2 Análise jurisprudencial – o papel apreciador do magistrado .....	52
7. Considerações finais .....	57
8. Referências bibliográficas .....	59

## **Lista de abreviações**

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGC – Assembleia Geral de Credores

Art. – artigo

Arts. - artigos

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CC/2002 – Código Civil brasileiro de 2002

c/c – Combinado com

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DJ – Diário de Justiça

LFRE – Lei de Falência e Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101 de 09.02.2005)

SEC - *Securities and Exchange Commssion* - Comissão de Títulos e Câmbio dos Estados Unidos

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## **1. Introdução**

A promulgação da Lei 11.101/2005 – Lei de Falência e Recuperação de Empresas, doravante denominada LFRE, alterou substancialmente a sistemática que dominava o regime falimentar brasileiro de então.

Dentre as principais inovações, pode-se dizer que a nova legislação passou a prever uma série de mecanismos com o fito de favorecer a reorganização da empresa em crise. Assim, criou-se o instituto da recuperação judicial, modalidade complexa de procedimentos que substituiu a concordata, regulada pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945.

O instituto da recuperação judicial encerra diferenças marcantes com relação à concordata, mas, sem sobra de dúvidas, a principal foi o deslocamento do centro decisório.

Na concordata, cabia ao Poder Judiciário conceder o “favor legal”, conforme expressão usada por inúmeros doutrinadores. Já na recuperação judicial, em contrapartida, cabe aos credores analisar o plano de recuperação apresentado pelo devedor empresário.

A Assembleia Geral de Credores, como resta evidente, é órgão que exerce papel fundamental na recuperação judicial, posto que é dele que partem as decisões mais importantes do processo de recuperação.

É justamente sobre a atuação dos credores em assembleia quando da análise do plano apresentado pelo devedor que reside o cerne deste trabalho, já que pela legislação, estes têm a obrigação de procurar salvaguardar a função social da empresa permitindo que ela se reestabeleça sempre que isso se mostre efetivamente viável.

Como consequência, assim como ocorre nas deliberações societárias, nas quais os acionistas devem votar em consonância com os ditames da função social da companhia, também os credores devem observar tais postulados no processo de recuperação, sob pena de cometerem abuso de direito.



Sobre o abuso do direito de voto pelos credores na recuperação judicial, far-se-á uma análise de como a doutrina e a jurisprudência têm se comportado a respeito, já que, indubitavelmente, analisar a real intenção dos credores é tarefa da mais alta complexidade.

Além disso, também se analisará o papel do magistrado na apreciação do plano apresentado pelo devedor, assim como sua prerrogativa de superar o veto dos credores, sempre tendo em vista a necessidade de coadunar a postura deste com os pilares que norteiam a nova ótica falimentar implementada pela Lei 11.101/2005.

## **2. Da Recuperação Judicial**

Na seara empresarial existem diversos tipos de crise com as quais o empresário pode se deparar eventualmente: há àquelas que afetam o desenvolvimento das atividades de maneira menos grave e àquelas que inviabilizam o soerguimento da empresa em crise. Com relação às primeiras, pode-se dizer que há uma alternativa a evitar a falência. A essa alternativa dá-se o nome de recuperação, que tanto pode se desenrolar judicial quanto extrajudicialmente, sendo o foco deste trabalho a que se implementa no âmbito do judiciário.

Diante disso, o empresário em crise tem duas alternativas: a recuperação, caso apresente um plano que demonstre a efetiva viabilidade econômica da recuperação ou a falência, cenário em que haverá a liquidação dos ativos e a sua consequente divisão entre os credores, seguindo um critério de preferências estabelecido na Lei de Falência e Recuperação de Empresas.

### **2.1. Conceito**

O instituto da recuperação reflete uma ótica de solidariedade que deve ser fomentada sempre que se mostrar viável, ainda mais diante da inegável instabilidade econômica que se verifica atualmente. Dito de outra forma, deve-se buscar ao máximo recuperar a empresa em crise econômico-financeira para que se mantenha a unidade produtora e todas as relações jurídicas emanadas dela.

A recuperação judicial, nas esclarecedoras palavras de Sérgio Campinho, pode ser compreendida como:

“um somatório de providências de ordem econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada,

alcançando uma rentabilidade autossustentável, superando, com isso, a situação de crise econômico-financeira (...).<sup>1</sup>

Já nas palavras de Paulo Sérgio Restiffe, a recuperação judicial:

“é exercício do direito de ação, de cunho privatístico-empresarial, que tem como objetivo, extraordinariamente, a extinção das obrigações, com a superação da crise econômico-financeira, cabendo ao Estado entregar a prestação jurisdicional, que consiste, em caso de procedência do pedido, no estabelecimento do estado de recuperação empresarial, ou, em caso de improcedência, na eventual convalidação em falência.”<sup>2</sup>

Por conseguinte, a recuperação é uma forma de manutenção da empresa, dos negócios sociais, de garantir a continuidade dos empregos, de assegurar a satisfação dos credores, em diferentes níveis, já que a própria legislação estabelece um escalonamento de preferências, de fomentar a economia. Todos esses escopos são alcançados através da apresentação de um plano pelo devedor, que deve ser aprovado pelos credores em assembleia geral.

Seu fim, portanto, é buscar o restabelecimento da empresa através de diversos procedimentos, que vão desde a atuação de um administrador judicial até a participação dos credores na administração da empresa em crise.

Como bem salienta o ilustre Fábio Ulhoa Coelho, e para finalizar a conceituação do instituto, a recuperação é nada mais do que:

“uma faculdade aberta pela lei exclusivamente aos devedores que se enquadram no conceito de empresário ou sociedade empresária, em razão da qual podem reorganizar suas empresas, com maior ou menos sacrifício dos credores, de acordo com plano aprovado ou homologado judicialmente.”<sup>3</sup>

## 2.2 Natureza jurídica

---

<sup>1</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 10.

<sup>2</sup> RESTIFFE, Paulo Sérgio. Processo da recuperação judicial. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de direito comercial, volume 7: falência e recuperação de empresa e direito marítimo*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 186.

<sup>3</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, volume 1: direito da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2013, 17 ed. p. 355.

Com relação à natureza jurídica do instituto, deve-se atentar para o fato de haver divergência de posicionamentos. Os privatistas, entre eles Sérgio Campinho, defendem que o instituto ora estudado pertence ao campo do Direito Privado, porquanto possui natureza contratual, *com feição novativa, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordem objetiva para a sua implementação*<sup>4</sup> cabendo ao juiz um papel meramente homologatório da vontade firmada entre o devedor e os credores. Essa corrente contratualista, inclusive, é a que encontra mais aceitação na Alemanha, sendo denominada de *Vertragstheorie*, conforme salientado pelo próprio Sérgio Campinho.

Os publicistas, em contrapartida, defendem ser a recuperação judicial um instituto de Direito Público, porque se materializa através de um procedimento judicial que pode se desenvolver desde que o empresário devedor preencha os requisitos legais estabelecidos nos arts. 48 e 51 da LFRE. Tal doutrina é a que encontra maior expressão no ordenamento jurídico italiano.

Há, entretanto, uma terceira vertente que procura conciliar as correntes privatista e publicista. Tal corrente é capitaneada por Orlando Gomes e postula ser a recuperação judicial um instituto de Direito Econômico, dado que congrega elementos de Direito Público e Privado.

Orlando Gomes assim se manifesta acerca do tema:

“O Direito Econômico, compreendendo, como compreende, regras de Direito Civil, Comercial, Administrativo, Penal e Tributário, desenvolve-se numa zona intermediária, que não é de Direito Público, nem de Direito Privado.”<sup>5</sup>

Deve-se atentar para o fato de que inegavelmente há uma conjunção de elementos de ambos os ramos do Direito. O ponto de partida para que se

---

<sup>4</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p 12-13.

<sup>5</sup> GOMES, Orlando. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 4 apud TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 127.

deflagre o procedimento de recuperação é a situação de crise econômico-financeira enfrentada pelo empresário devedor. Tal situação não corresponde a um conceito jurídico, mas econômico.

Ademais, o conflito entre contratualismo e institucionalismo mostra-se insuficiente para uma correta análise da matéria falimentar. Esse dualismo – negocial e processual – não deve ser encarado como fator de exclusão mútua, mas de aproximação, razão pela qual se deve focar em uma análise mais conglobante e consentânea com os interesses elencados pela atual legislação falimentar.

### **2.3 O fenômeno da crise na empresa**

São extremamente comuns as situações em que o empresário encontra contratempos que o impedem de adimplir pontualmente as obrigações firmadas no exercício de sua empresa.

Tal inadimplemento pode evidenciar um cenário esporádico ou uma crise mais aguda, caso este em que o devedor empresário se vê mergulhado na insolvência. Em ambos os casos, pode-se dizer que a crise econômico-financeira se faz presente, abrindo a possibilidade de se iniciar um procedimento recuperatório, sendo tal alternativa de iniciativa do devedor.

A causa direta da recuperação judicial é a instabilidade enfrentada pelo empresário. Tal fator é inegável e, portanto, mostra-se extremamente relevante a compreensão desse fenômeno capaz de deflagrar o procedimento de soerguimento da empresa.

Nas pontuais palavras de Sérgio Campinho:

“(...) a crise econômico-financeira constitui-se em um fenômeno tradutor de um desequilíbrio entre os valores realizáveis pelo devedor e as prestações que lhe são exigidas pelos credores. Espelha, assim, sob o ponto de vista econômico, um efeito patológico do funcionamento do crédito.”<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p 128.

Para Fábio Ulhoa Coelho existem diferentes tipos de crise: existem as crises econômicas, nas quais há uma retração na aquisição do produto; as financeiras, em que se verifica um problema no plano de liquidez do empresário; e, finalmente, as patrimoniais, nas quais até os bens do empresário ficam comprometidos, de quão endividado ele se encontra.<sup>7</sup>

O ilustre autor ainda complementa que é necessário que se encare a crise econômico-financeira como sendo uma doença que pode ou não ser passível de cura, que pode ou não deixar sequelas que de certa forma inviabilizariam o prosseguimento do exercício da atividade empresarial.

A LFRE não define os contornos do que chama de crise econômico-financeira, aliás, nenhuma legislação deve ser simpática ao engessamento ocasionado pelas definições. Sendo assim, a conceituação de tal estado de crise enfrentado pelo empresário pode ser mostrar um tanto quanto divergente.

Há autores que se manifestam no sentido de haver diferença entre crise econômico-financeira e insolvência. Aduzem que no primeiro caso estar-se-ia diante de um cenário de contratempos econômicos e financeiros de caráter geral e esporádico, ao passo que no segundo, a situação de crise se apresentaria de forma mais aguda, marcada pela insuperabilidade.

Em contrapartida, existem àqueles que não vislumbram distinções entre as duas noções, pontuando que não haveria relevância prática para tanto, na medida em que ambas as situações resultariam no mesmo fim.

Para se compreender a situação de crise econômico-financeira deve-se atentar para fato de que existem diferentes modalidades de crise, quais sejam: iliquidez, insolvência e situação patrimonial dependente de readequação.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 56-58.

<sup>8</sup> BRANDÃO, Ana Carolina Cunha. *O princípio da viabilidade econômico-financeira aplicado no procedimento em contraditório*, 2015. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/41385/o-principio-da-viabilidade-economico-financeira-aplicado-no-procedimento-em-contraditorio>> Acesso em: 01.07.2016.

A iliquidez reflete um cenário que não é estranho à atividade empresarial, já que tal setor é marcado pelo risco. Uma empresa com problemas de liquidez, não consegue converter o ativo em dinheiro com facilidade para fazer frente a um encargo elencado em seu passivo. Por conseguinte, não consegue adimplir suas obrigações com pontualidade. A empresa tem patrimônio suficiente para honrar com as obrigações firmadas, mas não consegue realizar o valor necessário a tempo de respeitar os vencimentos estabelecidos.

Já no caso da insolvência, se verifica uma situação mais delineada, não se trata de uma mera dificuldade temporária e financeira, mas econômica e definida. Parece mais acertado o entendimento de que a ação de recuperação, posta à disposição do empresário devedor, visa justamente evitar a insolvência, na medida em que há um somatório de providências com o fito de permitir a reorganização administrativa e financeira da empresa e se supere a iliquidez e os percalços esporádicos que se apresentam na atividade empresarial.

Por fim, existem as situações patrimoniais que demandam uma readequação. Tal procedimento tem caráter preventivo, já que visa evitar a recuperação através da reestruturação cautelar da empresa. Neste sentido, há uma reorganização das atividades para a readequação do ativo.

Em todos os cenários expostos acima, cabe a ponderação de que o empresário deve enveredar seus esforços de modo a evitar as situações de crise e sempre tentar adotar condutas compatíveis com a preservação da empresa que, como será melhor analisado em capítulo à parte, transcende os interesses intersubjetivos dos envolvidos na atividade empresarial.

## **2.4 Transição da Lei de Falências e Concordatas para a Lei de Falências e Recuperação de Empresas**

A promulgação da Lei 11.101/2005 trouxe relevantes modificações no direito falimentar brasileiro. Inegavelmente, a maior dentre estas foi o

reconhecimento da necessidade de se preservar a empresa que tenha efetivamente condições de se reerguer, levando-se em conta o benefício social, que deve ser colocado em posição de primazia ante os interesses exclusivos dos credores e do empresário.

Ocorre que o sistema falimentar brasileiro não sempre esteve neste diapasão, uma vez que o Decreto-Lei nº 7.661/45, conhecido como Lei de Falências e Concordatas, não previa as figuras da recuperação judicial e extrajudicial.

Havia a previsão, em contrapartida, da concordata, que visava superar a situação de crise econômico-financeira de uma empresa, ou prevenindo e evitando a falência, no caso da concordata preventiva, ou suspendendo a falência, nos moldes da concordata suspensiva, para proporcionar a restauração e a consequente recuperação da empresa.

O instituto, que era considerado um “favor legal”, consistia basicamente em dilatar o tempo em favor do devedor para que ele tivesse condições de negociar suas dívidas ou para iniciar um procedimento preparatório para a falência.

Como se percebe, não havia uma preocupação em elaborar um plano com diretrizes básicas que permitissem analisar a viabilidade econômica de se reestruturar a empresa em crise. Isso, de certa forma, corroborava para o entendimento de que a preservação da empresa não era prioritariamente o escopo da concordata, mas um fim que poderia por ventura ser atingido.

Os credores, que indubitavelmente representam um grupo de grande relevância quando se está diante de uma empresa em crise, já que na sistemática atual cabe a eles aprovar o plano de recuperação apresentado pelo empresário devedor, tiveram sua participação extremamente tolhida no procedimento da concordata, na medida em que houve uma concentração dos poderes nas mãos do juiz.

Assim, caminhou bem a nova legislação ao extinguir o procedimento da concordata. Em seu lugar surgiram as figuras da recuperação judicial e



extrajudicial. Além disso, alteraram-se diversos conceitos e institutos relacionados ao direito concursal.

As empresas de pequeno porte e as microempresas passaram a estar sujeitas a um procedimento especial, conforme previsão dos arts. 70 a 72, que guarda relativa semelhança com o procedimento da concordata.

Houve, também, alteração quanto à categorização dos créditos concursais, o Ministério Público teve suas funções alteradas, na medida em que a sua atuação foi restringida a aspectos processuais da recuperação e falência, sobretudo no que diz respeito à alienação de ativos e comprimento do plano de recuperação judicial.

Indubitavelmente, o plano de recuperação representa a grande inovação da atual lei falimentar. De fato, será este o responsável pelo sucesso ou insucesso da tentativa recuperatória, de modo que o responsável por o elaborar não deve se limitar a aspectos jurídicos, mas deve se esforçar para englobar noções de administração e gestão de empresas, de economia, contabilidade, entre outras.

Desta forma, para que se efetive a modernização pretendida pela nova legislação, faz-se necessário uma conjugação de esforços. É necessário que haja profissionais qualificados, o juiz necessita de aparatos que permitam a realização de um trabalho de qualidade, como a atuação de peritos, administradores, técnicos que demonstrem efetivamente conhecimentos empresariais.

Também o Estado deve participar desse procedimento. Cabe a ele fomentar a fiscalização dos crimes empresariais, coibindo o abuso de direito econômico e a proteção das empresas, através do CADE, por exemplo.

Somente através dessa visão integradora é que a atual legislação falimentar estará apta a alcançar todos os objetivos a que se propõe, principalmente no que concerne à preservação da empresa, pilar fundamental da sistemática recuperacional atual.

### 3. Dos princípios Regentes

É salutar a compreensão de que a análise dos princípios emanados de determinada legislação é fundamental para melhor entendê-la e aplicá-la, de modo que os escopos por ela colimados possam ser alcançados de maneira mais eficaz. Neste diapasão, é de grande relevância a lição de Miguel Reale, que assim se manifesta:

“Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis”.<sup>9</sup>

Por consequência, a análise dos princípios que regem o processo de recuperação judicial brasileiro é da mais alta relevância, uma vez que estes são os pilares do instituto que ora se estuda. Eles devem ser aplicados a partir da *correlação entre o estado de coisa a ser promovida e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção*.<sup>10</sup>

Ademais, é evidente que na dogmática jurídica moderna há um expressivo movimento de superação do legalismo positivista, o que, evidentemente, coloca novamente os princípios em destaque, na medida em que há o reconhecimento de sua efetiva normatividade. O eminente jurista Eros Grau, inclusive, afirma que passou a prevalecer entre nós, na última década do século passado, o paradigma dos princípios, fator que os coloca em grande relevo.

#### 3.1 Preservação da Empresa

---

<sup>9</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 37.

<sup>10</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria Geral dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª Ed. Malheiros Editores Ltda, São Paulo - 2004, p. 70.

O pilar fundamental da Lei 11.101/2005 é o princípio da preservação da empresa. Há de se destacar, no entanto, que essa finalidade conservativa da empresa nem sempre encontrou guarida nos ordenamentos jurídicos.<sup>11</sup>

Primeiramente, em uma simplória descrição da evolução histórica, pode-se dizer que os sistemas concursais de credores sobre os bens do empresário devedor conheceram um período primordialmente punitivo, no qual o devedor pagava com o próprio corpo ou com a escravidão.

Em seguida há a ruptura deste paradigma, passando-se para a fase em que o objetivo maior era a liquidação dos bens do devedor para unicamente satisfazer os créditos dos credores. A ideia de preservação da empresa ainda não se encontrava assente.

Depois, atingiu-se a finalidade conservativa, de caráter puramente privado. Por fim, verificou-se a ótica da preservação da empresa que se faz presente hoje, na qual se reconheceu que a manutenção da atividade empresarial pode ser mais benéfica, tanto com relação aos aspectos sociais quanto para os próprios credores, se comparada com a solução dada anteriormente pelo Direito.

Como se percebe, foi pontual o posicionamento de Fábio Konder Comparato a respeito do dualismo pendular a que esteve sujeito o ordenamento concursal brasileiro, uma vez que o mesmo gravitava em torno da proteção dos interesses dos credores e dos devedores, sem admitir um ponto de convergência que possibilitasse a efetiva consecução da função social a que a empresa se destina. Comparato acertadamente assim estipulou:

“O mínimo que se pode dizer nessa matéria é que o dualismo no qual se encerrou o nosso direito falimentar – proteger o interesse pessoal do devedor ou o interesse dos credores – não é de molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. (...) De nossa parte, consideramos que uma legislação moderna de falência deveria dar lugar à necessidade econômica de permanência da empresa.”

<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: teoria e prática*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 7 e 8.

<sup>12</sup> COMPARATO, F. K. *Aspectos jurídicos da macroempresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. P. 95 e 102.

Assim, a correta interpretação do princípio da preservação da empresa é de fundamental importância, a fim de que se supere esse paradigma estabelecido pelo movimento pendular e para que seus contornos sejam bem delineados.

Tal princípio vem estampado no art. 47 e também encontra guarida em sede constitucional, na medida em que o art. 170 da CRFB/1988, que estabelece os princípios que regem a ordem econômica e financeira, elenca a função social da propriedade, da qual decorre a função social da empresa.

Pelo princípio da preservação da empresa há o reconhecimento de que a continuidade das atividades da empresa é um valor a ser resguardado sempre que se mostre viável, pois, além de fomentar a economia, com a produção de serviços e bens, a empresa também gera empregos, o que denota seu viés social.

O art. 47 da LFRE assim dispõe:

“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.”

A regra, por conseguinte, é tentar salvar a empresa, desde que isso se mostre viável. Essa ressalva é extremamente importante, dado que a enunciação do princípio da preservação da empresa, segundo posicionamento extremamente acertado de Sheila C. Neder Cerezetti, em obra organizada pelo ilustre Fábio Ulhoa Coelho, *não constitui uma declaração da intenção de tutelar o devedor a todo custo, mas de compor procedimentalmente os interesses abarcados pela sociedade empresária*.<sup>13</sup>

O referido princípio vem cristalizado em inúmeros mecanismos previstos na LFRE. O art. 6º, caput, por exemplo, prevê a suspensão do

---

<sup>13</sup> CEREZZETI, Sheila C. Neder. *Princípio da preservação da empresa*. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de direito comercial, volume 7: falência e recuperação de empresa e direito marítimo*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 23.

curso das execuções e ações que possam de alguma forma agredir o patrimônio do empresário devedor por até 180 dias depois de deferido o processamento da recuperação judicial.

Também se coaduna com a ideia de preservação a disposição constante no art. 67, que ao estimular novos financiamentos e a manutenção do fornecimento de bens e serviços durante o processo de recuperação, faz dos créditos daí decorrentes, extraconcursais em caso de falência da recuperanda.<sup>14</sup>

Foi com base neste princípio que a jurisprudência pátria se manifestou reiteradas vezes no sentido de ser a falência uma medida extrema, só sendo justificável quando for inviável continuar a atividade. Além disso, existem inúmeras decisões nas quais se firmou o entendimento de que débitos considerados insignificantes não têm o poder de acarretar a falência. Nesta linha, tem-se o AgRg no Ag 1.022.464-SP, cujo teor é:

Mesmo ao tempo do DL n. 7.661/1945, já se encontrava presente o princípio da preservação da empresa, incrustado claramente na posterior Lei n. 11.101/2005. Assim, mesmo omissa o referido DL quanto ao valor do pedido, não é razoável nem se coaduna com sua sistemática a possibilidade de valores insignificantes provocarem a quebra da empresa, pois isso nada mais é do que preservar a unidade produtiva em detrimento de satisfazer uma dívida. Precedente citado: REsp 870.509-SP. AgRg no Ag 1.022.464-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 2/6/2009.<sup>15</sup>

Fato bastante interessante e que cristaliza a compreensão do princípio da preservação da empresa diz respeito a algumas decisões que estão sendo proferidas no sentido de aplicar a Lei 11.101/2005 mesmo diante de situações pretéritas, desde que cumpridos os requisitos da recuperação<sup>16</sup>.

Assim, a lei que regula o processo de recuperação é calcada nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da valorização do trabalho

---

<sup>14</sup> SCALZILLI, João Pedro et al. *Objetivos e Princípios da Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, 2012. Disponível em <[http://www.sintese.com/doutrina\\_integra.asp?id=1229](http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1229)> Acesso em: 05.08.2016.

<sup>15</sup> STJ, AgRg no Ag 1.022.464-SP, julgado em 02.06.2009.

<sup>16</sup> Neste sentido segue a Apelação Cível 664.543-4/5-00-TJSP, Rel. Des. Pereira Calças – DO 12.11.2019.

humano, de garantir o desenvolvimento econômico e o bem de todos. Tudo isso com o objetivo de salvaguardar a empresa, para que ela possa superar a crise que a rodeia e tenha um novo começo, a manutenção dos empregos dos trabalhadores e o cumprimento das obrigações firmadas com os credores.

Como bem salienta Fábio Ulhoa Coelho, o princípio da preservação da empresa visa *a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos*.<sup>17</sup>

Percebe-se, portanto, que a preservação da fonte produtora é de fundamental importância social e econômica, o que traz a necessidade de a legislação falimentar de um país funcionar como um instrumento facilitador do desenvolvimento, o que se atinge não só pela adoção de um sistema de insolvência que seja capaz de permitir a preservação da empresa, mas também a reabilitação do falido, possibilitando-lhe um *fresh start*.

Como bem asseverou Fábio Konder Comparato:

“A falência perdera sua função de instrumento de discriminação entre empresários capazes e incapazes, dada a sua dificuldade de aplicação às grandes empresas. Ela representa, de fato, um custo econômico tanto mais elevado quanto menor a possibilidade de reemprego dos recursos humanos e materiais da empresa falida, o que ocorre na razão inversa da dimensão desta no mercado.”<sup>18</sup>

Conforme exposto, deve-se privilegiar a preservação da empresa que ofereça condições reais de se reerguer, já que a partir da sistemática implementada a partir de 2005, com a publicação da Lei 11.101, o sistema falimentar brasileiro passou a ter uma nova pedra de toque, qual seja: a preservação da empresa.

---

<sup>17</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do Direito Comercial: com anotações ao projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.40.

<sup>18</sup> COMPARATO, F. K. *Aspectos jurídicos da macroempresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. P. 107.

### 3.2 Separação do conceito de empresa e empresário

O paradigma de aglutinar o conceito de empresa juntamente com o de empresário deve ser superado a fim de que o instituto da recuperação judicial seja melhor compreendido.

O CC/2002, em seu art. 966, estabelece que é considerado empresário “*quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”. Também é considerado empresário aquele que se enquadra na definição acima, ainda que não inscrito na junta comercial, fato que o classificará como empresário irregular.

O conceito de empresa, por outro lado, não veio expresso no diploma civil, sendo, entretanto, possível inferi-lo como o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou a circulação de bens ou de serviços através da interpretação do referido art. 966.

Fábio Ulhoa Coelho conceitua a empresa como sendo uma atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção.<sup>19</sup>

O foco da lei, indubitavelmente, é a empresa e não o empresário. A LFRE prevê várias soluções para vencer a crise e, entre elas, a substituição do titular da atividade empresária, o que é por si só, suficiente para compreender que o propósito da lei é proteger a atividade, não necessariamente o devedor.

O art. 50, VII é um exemplo claro desta distinção. Ele estabelece a transferência da empresa – “estabelecimento empresarial” – para outro titular, como o caso de sociedade constituída pelos próprios empregados, a

---

<sup>19</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 33-34.

quem podem ser alienados ou arrendados os estabelecimentos do devedor a fim de preservar a atividade exercida.<sup>20</sup>

Neste diapasão, Ecio Perin Junior acertadamente afirma que a lei 11.101/05, “*cria um novo paradigma, já que que prima pela preservação da unidade produtiva, separando a sorte da empresa da sorte do empresário falto, viabilizando a superação do estado de crise econômico-financeira.*”<sup>21</sup>

### 3.3 A função social e a proteção aos trabalhadores

A repercussão da atividade empresária no ambiente social é inegável. Como bem explica Waldo Fazzio Júnior, “*insolvente ou não, a empresa é uma unidade econômica que interage no mercado, compondo uma labiríntica teia de relações jurídicas com extraordinária repercussão social.*”<sup>22</sup>

Com o advento da CRFB/88 há uma nítida transferência implementada pelo Estado à iniciativa privada de parte da responsabilidade pelo cumprimento dos direitos fundamentais. Sob este prisma, portanto, é inegável que a atividade empresarial representa grande relevância comercial e social. Não se trata de uma atividade estritamente destinada à obtenção de lucros. Há de se destacar, por outro lado, que de forma alguma a empresa estará abdicando à sua finalidade lucrativa ao voltar-se para a sua função social.

Desta forma, tendo em vista uma análise mais contemporânea, as empresas tornam-se tão responsáveis quanto o Estado no que tange a assegurar os direitos sociais e individuais, colaborando de forma efetiva para o melhoramento da sociedade na qual está inserida.

---

<sup>20</sup> SCALZILLI, João Pedro et al. Objetivos e Princípios da Lei de Falências e Recuperação de Empresas, 2012. Disponível em <[http://www.sintese.com/doutrina\\_integra.asp?id=1229](http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1229)> Acesso em: 05.08.2016.

<sup>21</sup> PERIN Junior, Ecio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p 174.

<sup>22</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.20.



Cumpra sua função social, segundo Fábio Ulhoa Coelho:

“a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota prática empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores.”<sup>23</sup>

Percebe-se claramente que os princípios da preservação da empresa e da proteção ao trabalhador guardam grande relação entre si. Como afirma Manoel Justino Bezerra Filho:

“A Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridades na finalidade que diz perseguir, ou seja, colocando como primeiro objetivo a ‘manutenção da fonte produtora’, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o ‘emprego dos trabalhadores’. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os ‘interesses dos credores’.”<sup>24</sup>

Diante disso, é patente a necessidade de conferir proteção especial aos trabalhadores, posto serem eles os mais diretamente afetados pela quebra empresarial. Sendo assim, eles têm direito de preferência quando do recebimento de seus créditos na falência.

Os créditos que decorrem de acidentes de trabalho são os que encontram mais proteção, dado que a eles não se aplica a limitação de 150 salários mínimos prevista no inciso I do art. 83.

Com relação aos créditos derivados da legislação do trabalho, estes também gozam de preferência no concurso falimentar. Neste caso, não obstante, há a fixação do limite de 150 salários mínimos por credor, nos moldes do art. 83. O valor que ultrapassar essa quantia passa a integrar a categoria dos créditos quirografários, ou seja, dos créditos que não possuem qualquer garantia.

---

<sup>23</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do Direito Comercial: com anotações ao projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.37.

<sup>24</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada: lei 11.101/2005 – comentário artigo por artigo*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 123.

Muito se debateu a respeito da constitucionalidade da referida limitação, tendo a questão sido pacificada pelo julgamento da ADI 3.934-2 publicada no DJ de 06.11.2009, cuja relatoria foi do Ministro Ricardo Lewandowski. Este, assim se manifestou:

“Foi precisamente o dever estatal de proteger os direitos dos trabalhadores que determinou a fixação de regras que tornem viável a percepção dos créditos trabalhistas pelo maior número possível de credores, ao mesmo tempo em que se buscou preservar, no limite do possível, os empregos ameaçados de extinção pela eventual quebra da empresa sob recuperação ou em processo de falência.”<sup>25</sup>

Como se percebe, essa limitação visa proteger o patrimônio dos trabalhadores, sobretudo daqueles mais frágeis do ponto de vista econômico.

Portanto, deve-se encarar o princípio da função social de acordo com a teoria institucionalista, na medida em que esta traça um ideal de respeito a interesses externos à sociedade, e não somente aos detidos pelos sócios ou acionistas.

Como bem assinala Rachel Sztajn:

“A função social da empresa presente na redação do artigo (art. 47), indica, ainda, visão atual referente à organização empresarial, cuja existência está estribada na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir as funções típicas do Estado nem substituí-lo, mas sim no sentido de que, socialmente, sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio ambiente e à coletividade e, nesse sentido é que se busca preservá-la”.<sup>26</sup>

### **3.4 Efetiva Participação dos Credores**

A Assembleia Geral de Credores teve seus poderes ampliados em progressão geométrica com o advento da atual lei de recuperação de empresas e falência. Há de se ressaltar, entretanto, que tal órgão

---

<sup>25</sup> STF, ADI 3.934-2 publicada no DJ de 06.11.2009 e julgada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, p. 27.

<sup>26</sup> STAJN, Raquel. Comentários aos artigos 47 a 54. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Sérgio de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 221.

deliberativo já encontrava previsão no Decreto-lei 7.661/45, nos arts. 122 e 123, mas foi somente com a legislação de 2005 que se consolidou o entendimento de que é extremamente desejável que os credores participem ativamente do processo de soerguimento e reestruturação da empresa em crise.

Tal constatação é de lógica cristalina, tendo em vista que tanto nos processos de recuperação quanto nos de falência, é fundamental a participação de sujeitos detentores de conhecimentos capazes de conduzir os procedimentos de modo a obter soluções mais adequadas ao mercado. Sendo assim, nada mais natural que os credores tenham uma atuação de destaque, já que são eles os grandes interessados no desenvolvimento célere e eficiente do processo para que sua pretensão creditícia seja de fato adimplida.

À vista deste entendimento, cabe ao órgão assemblear o poder de aprovar, rejeitar ou modificar o plano de recuperação apresentado pela empresa em crise. Tal poder implica diretamente em um processo decisório mais democrático, sobretudo quanto à sorte da empresa em dificuldade de liquidez, além de evitar a ocorrência de fraudes quando da execução do plano eventualmente aprovado.

Apesar da grande relevância da AGC, não é somente através deste órgão que os credores participam ativamente. Eles também exercem atividades através do Comitê de Credores, órgão imbuído de funções de grande relevância (art. 27), entre elas a fiscalização dos envolvidos na recuperação. Isso indubitavelmente corrobora ainda mais para o fato de que o credor deixou de ser apenas um agente passivo, passando a atuar intensamente e de maneira permanente, durante todo o processo de recuperação.

A AGC nada mais é do que um órgão colegiado que representa a comunhão dos credores, com poder-função deliberante para examinar, discutir e decidir sobre matérias inseridas em sua competência legal.

No processo de recuperação judicial a deliberação implementada pela AGC sobre o plano de recuperação apresentado pelo devedor é soberana, desde que os aspectos objetivos sejam atendidos, entre eles: inexistência de objeção, conforme art. 55; aprovação pelos credores, nos moldes do art. 45; apresentação de certidão negativa de débitos tributários, de acordo com o mandamento do art. 47; etc.

É neste ponto que reside um conflito de posicionamentos que já existe há bastante tempo e que já foi objeto de debates doutrinários e também jurisprudenciais. Tal conflito diz respeito aos poderes conferidos aos juízes na apreciação do plano de recuperação judicial e a discricionariedade dos credores.

Existe uma corrente que afirma não ser dado ao juiz qualquer hipótese de se imiscuir na apreciação do plano, sob o argumento de que ele não tem aptidão para fazer um juízo sobre a viabilidade econômica do mesmo. Ao magistrado, por conseguinte, é dispensada apenas uma função homologatória, já que uma vez verificados os requisitos elencados pela LFRE, o juiz deverá homologar o plano (art. 58).

Esse entendimento foi explanado pelo STJ em inúmeros julgados, entre eles o REsp 135931/SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, cuja ementa segue abaixo:

DIREITO EMPRESARIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO EM ASSEMBLEIA. CONTROLE DE LEGALIDADE. VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia (art. 58, caput, da Lei n. 11.101/2005), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear. 2. O magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito -, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, Enunciados n. 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ. 3. Recurso especial não provido. DJe 30/09/2014.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> STJ, REsp 135931/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 30/09/2014.

Há, em contrapartida, os que entendem que, além da análise dos requisitos legais, cabe ao juiz analisar a viabilidade do plano, na medida em que na recuperação não se verificam presentes apenas os interesses dos credores, mas também o público. A aprovação do plano, desta forma, não reflete somente uma relação negocial entre o devedor e os credores. Vai além disso, porquanto deve atender a outros postulados, como a continuação da atividade empresarial e a consequente manutenção dos empregos, por exemplo.

Neste sentido, esclarecedoras são as palavras de Jorge Lobo, que assim se posiciona:

“A interpretação sistemática, teleológica e pragmática, levaria à conclusão que o juiz não pode ser privado dos poderes e atribuições que lhe são assegurados por norma constitucional, nem impedido de exercer o controle da legalidade formal e substancial e, conforme o caso, o controle de mérito tanto do plano de recuperação quanto da decisão da assembleia-geral dos credores, especialmente no que concerne a fraude à lei, abuso de direito e preterição de formalidade essencial.”<sup>28</sup>

Na seara do abuso de direito dos credores quando da aprovação do plano de recuperação, a ponderação de tais posicionamentos é da mais alta relevância, porquanto se deve atentar para o objetivo primordial da recuperação, que é a preservação da unidade produtora e não somente a satisfação dos interesses dos credores. Mas todas as questões relacionadas a este aspecto comportamental dos credores será mais bem analisada em capítulo específico.

### **3.5 Maximização ou otimização do valor dos ativos do devedor**

É fato incontroverso que a deterioração decorre do transcurso temporal. Sob este aspecto, é possível afirmar que a mesma não alcança somente corpos físicos, mas também o ativo do devedor, por exemplo.

---

<sup>28</sup> LOBO, Jorge. Comentários aos arts. 35 a 69. In: TOLEDO, Paulo F.C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords). *Comentários à Lei de Recuperação e Falência*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 150

Assim, há que se evitar a demora excessiva do processo de recuperação, pois a lentidão do mesmo certamente ocasionará perdas e diminuirá o patrimônio do empresário devedor.

Nesta seara, o princípio da maximização ou otimização dos ativos objetiva estimular a adequada utilização produtiva dos bens, dos ativos e demais recursos produtivos envolvidos na empreitada empresarial do devedor. Há, por conseguinte, uma clara mudança de paradigma em relação do Decreto-lei n. 7.661/45, o qual possuía cunho prioritariamente liquidatório, na medida em que o princípio basilar era assegurar a satisfação dos créditos dos credores.

Neste sentido, para aumentar as chances de êxito da recuperação da empresa em crise, deve-se primar pela obtenção do máximo valor possível pelos ativos do devedor, até porque a viabilidade econômica do plano está intimamente ligada à ideia de preservação e maximização dos ativos do empresário em crise.

A LFRE trouxe vários mecanismos para assegurar tal objetivo. Há a preocupação de evitar a deterioração provocada pela demora excessiva do processo, mecanismos que priorizam a venda da empresa em bloco, o que indubitavelmente reconhece a necessidade de maximização dos ativos da empresa em recuperação.

Também é possível extrair a aplicação do princípio da maximização dos ativos a partir de regra elencada no parágrafo único do art. 60, que exonera o adquirente de responsabilidade pelas dívidas contraídas anteriormente e vinculadas ao estabelecimento adquirido.

Tal dispositivo é de extrema importância para o regime recuperatório, pois fomenta a aquisição de estabelecimentos inseridos na sistemática da recuperação judicial. Se não houvesse a aludida exoneração certamente não haveria interessados em se lançar à aventura de adquirir um estabelecimento com débitos anteriores, ou o valor oferecido seria extremamente baixo, o que entraria em choque com os princípios basilares da recuperação.

## 4. Da Assembleia Geral de Credores

A Assembleia Geral de Credores é um órgão deliberativo de caráter facultativo que cumpre a função de condensar os interesses dos que possuem créditos perante a sociedade empresária postulante da recuperação judicial. Tem caráter facultativo, dado que não haverá a sua convocação caso não haja objeção ao plano de recuperação apresentado pelo empresário postulante.

Nas palavras de Sérgio Campinho:

“A Assembleia Geral de Credores consiste na reunião dos credores sujeitos aos efeitos da falência ou da recuperação judicial, ordenados em categorias derivadas da natureza de seus respectivos créditos, com o fim de deliberar sobre as matérias que a lei venha exigir sua manifestação, ou sobre aquelas que possam lhes interessar.”<sup>29</sup>

Erasmio Valladão ensina que *a assembleia geral de credores, na Lei 11.101, é o órgão que, na recuperação judicial e na falência, manifesta a vontade coletiva da comunhão de credores.*<sup>30</sup>

A atuação deste órgão, como se percebe, é de extrema importância, sobretudo tendo em vista que na maioria esmagadora dos processos de recuperação há o sacrifício de determinados interesses dos credores em prol da preservação da empresa e, neste caso, torna-se imperiosa a necessidade de lhes dar a oportunidade para discutir questões que possivelmente afetarão os seus direitos.

Com a promulgação da LFRE a Assembleia Geral de Credores ganhou novos contornos e teve seus poderes ampliados e isso se corrobora pelo fato de a nova legislação ter dedicado uma seção inteira (Seção IV do Capítulo 2) a este órgão, que deixou de ter uma postura meramente passiva de deliberar a respeito das formas de realização do ativo para incluir as

---

<sup>29</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 79.

<sup>30</sup> FRANÇA, Erasmio Valladão Azevedo Novaes. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.9.

questões mais relevantes do procedimento de recuperação judicial, como a aprovação, rejeição ou modificação do plano apresentado pelo empresário devedor.

Tal órgão, como é possível depreender, já encontrava previsão nas legislações falimentares pretéritas, revestido, entretanto, de outras características, como bem assevera Ricardo Negrão:

“A expressão “assembleia geral” surge em 1908, com a Lei n. 2.024, embora os diplomas anteriores previssem consulta aos credores em reuniões convocadas para o fim de verificar os créditos, nomeação do administrador, decisão sobre a concordata (...)”<sup>31</sup>

A lei reserva aos credores a legitimidade para deliberar em conjunto sobre os mais importantes aspectos do processo de recuperação, pois sem eles o soerguimento da empresa em crise se mostra inviável, já que tal escopo só pode ser alcançado mediante a manifestação positiva daqueles diante do plano apresentado pelo empresário.

A análise de tal órgão deliberativo, por conseguinte, é de fundamental importância para o desenvolvimento adequado deste trabalho, na medida em que é dele a prerrogativa de deliberar a respeito da aprovação ou rejeição do plano de recuperação apresentado pelo empresário devedor. É nele que há de se perquirir a vontade dos credores, e é aqui que reside a possibilidade de haver abuso de direito de voto.

Sob este aspecto a Assembleia Geral de Credores, que com o advento da Lei 11.101/2005 teve seus poderes restaurados, reveste-se de grande relevância, já que devedor e credores deverão se reunir para discutir e deliberar a respeito do plano de recuperação, sempre criando mecanismos para que a crise econômico-financeira possa ser efetivamente superada.

#### **4.1 Aspectos formais para a realização da Assembleia Geral de Credores**

---

<sup>31</sup> Negrão, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 120



Por se inserir no bojo de um processo judicial, existem diversos procedimentos que devem ser observados para que haja a realização da Assembleia Geral de Credores.

Após a apresentação do pedido de recuperação pelo empresário devedor, o magistrado analisará se os documentos apresentados estão de acordo. O art. 51 da LFRE elenca todos os documentos que devem constar do pedido.

Verificada a correta instrução do processo, o art. 52 da LFRE estabelece que o magistrado proferirá despacho deferindo o processamento da recuperação. Neste mesmo despacho, o magistrado nomeará o administrador judicial (art. 52, I) e determinará a suspensão das ações de execução em trâmite contra a empresa em recuperação pelo prazo de 180 dias (art. 52, III c/c art. 6º).

Após deferido o pedido de processamento da recuperação judicial, o mesmo deve ser publicado. A partir dessa publicação o devedor contará com um prazo de 60 dias para apresentar o plano de recuperação, conforme postulado do art. 53 da LFRE.

Os credores terão prazo de 30 dias para apresentar objeções ao plano de recuperação. Tal prazo começa a ser contado da publicação do edital com a relação de credores elaborada pelo administrador judicial (art. 7º, § 2º da LFRE) ou do edital de aviso da apresentação do plano, de acordo com o parágrafo único do art. 53 da LFRE.

Caso todas as exigências legais tenham sido atingidas e se não houver objeções por parte dos credores, o plano estará aprovado. Caso esse cenário se verifique, não haverá necessidade de convocação da Assembleia e o magistrado caberá tão somente conceder a recuperação.

Havendo objeção, entretanto, a Assembleia deverá ser convocada para que tais objeções sejam analisadas. Neste caso, os credores deliberarão sobre a aprovação, modificação ou rejeição do plano de recuperação.

Por força do que dispõe a LFRE, a Assembleia Geral de Credores pode deliberar tanto no procedimento de falência quanto no de recuperação. Sendo assim, por exclusão, é possível depreender que tal órgão não tem poderes para atuar na recuperação extrajudicial e nem no procedimento de recuperação de empresas de pequeno porte e microempresas.

Vale ainda destacar que a Assembleia Geral de Credores não se desenrola em sede do juízo, como pode ser equivocadamente imaginado. Ela é presidida pelo Administrador Judicial, e secretariada por um dos credores presentes, podendo se desenrolar em qualquer lugar que o Administrador Judicial escolher.

## **4.2 Convocação**

Antes de analisar o aspecto da convocação da Assembleia Geral de Credores, é necessário pontuar que se deve atentar para o fato de existir a competência para convocar e a legitimidade para requerer a convocação.

Sendo assim, indubitável é, que o juiz tem competência exclusiva para convocar a Assembleia Geral de Credores de ofício nas hipóteses previstas em lei ou sempre que achar conveniente.<sup>32</sup>

De acordo com o art. 56 da LFRE, pode o magistrado convocar a Assembleia Geral de Credores para deliberar sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano apresentado, desde que haja objeção formulada por qualquer credor interessado.

O art. 65 da LFRE traz outra possibilidade para a convocação por parte do magistrado, e esta diz respeito à escolha do gestor judicial que assumirá a administração das atividades, na hipótese de afastamento do devedor.

Podem requerer ao juiz a convocação da Assembleia, por outro, os credores. A convocação realizada pelos credores, por oportuno, é a mais

---

<sup>32</sup> CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p 80.

comum, na medida em que os estes são os mais diretamente interessados pelos assuntos pertinentes ao procedimento de recuperação.

Desta forma, podem convocar a Assembleia desde que representem no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) do valor total dos créditos de uma determinada classe, conforme previsão do art. 36, *caput* c/c art. 36, § 2º da LFRE.

O devedor também tem legitimidade para requerer a convocação da Assembleia Geral de Credores, conforme previsão do § 4º do art. 52 da LFRE. Tal dispositivo prevê a hipótese em que o devedor convoca a Assembleia para os credores deliberarem a respeito da desistência formulada por ele próprio, após o deferimento do procedimento recuperatório pelo juiz.

Ainda, caso haja a constituição do comitê de credores, órgão facultativo que detém uma gama de importantes funções dentro do procedimento de recuperação, também a ele é facultada a possibilidade de convocar a Assembleia, de acordo com o previsto na alínea a, inciso I, do art. 27 da LFRE. Não sendo tal órgão formado, suas atribuições poderão ser desempenhadas pelo Administrador Judicial, conforme postulado art. 28 da LFRE. Assim, também a este é conferida a possibilidade de requerer a convocação da Assembleia.

Superada a questão da competência e da legitimidade para requerer a convocação, deve-se dar publicidade à mesma. De acordo com a previsão do *caput* do art. 36 da LFRE, o anúncio deve ser “*publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação nas localidades da sede e filiais, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias*”, e deve contar com os requisitos expressamente previstos em lei, como a indicação do local, data e hora em que se desenrolarão os trabalhos, por exemplo.

#### **4.3 Quórum de instalação**

Para que os trabalhos da Assembleia possam de desenrolar validamente, há que se observar a previsão do § 2º do art. 37 da LFRE. Na primeira convocação, a assembleia se instalará com a presença de credores titulares de mais da metade dos créditos de cada classe, computados pelo valor.

Em segunda convocação, os trabalhos se instalam validamente com qualquer número de credores. Cada credor deve assinar a lista de presença.

#### **4.4 Composição**

As classes de credores que compõem a Assembleia Geral de Credores encontram previsão no art. 41 da LFRE. Desta forma, o referido órgão é composto por credores: (i) titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; (ii) titulares de créditos com garantia real; (iii) titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados; e (iv) titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte, aqui também incluídos os microempreendedores individuais (MEI).

Os credores integrantes da primeira classe votam com o total de seus créditos (art. 41, § 1º da LFRE), apesar de, como já exposto neste trabalho, haver uma limitação quanto ao pagamento de seus créditos. A prioridade no concurso falimentar só abarca a quantia de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor. Quanto a eventuais saldos, estes serão recebidos pelos credores na categoria dos quirografários.

Fato que merece destaque diz respeito à opção legislativa de agrupar credores pertencentes a categorias diversas na mesma classe deliberativa. Esta opção ocasiona sérias dificuldades nas deliberações, na medida em que os interesses são divergentes entre os credores.

Tendo em vista este aspecto, a LFRE deveria ter criado um maior número de instâncias de deliberação. Somente assim haveria igualdade

entre os credores da mesma categoria, que certamente possuem interesses no mínimo semelhantes.

#### 4.5 Deliberações

As deliberações assembleares, em sua grande maioria, obedecem a um sistema ordinário regido pelo princípio da proporcionalidade, segundo previsão da primeira parte, *caput*, do art. 38 da LFRE. Desta forma, cada credor terá direito de votar levando-se em consideração a proporcionalidade de seu crédito.

Obedecem a este sistema de proporcionalidade, as deliberações em que se discute a constituição do Comitê de Credores (cada classe elege seu representante de forma separada, o que de certa forma gera um quórum qualificado), o pedido de desistência da recuperação ofertado pelo devedor após o deferimento de seu processamento, o nome do gestor judicial, caso haja o afastamento do devedor, por exemplo.

No procedimento de recuperação, entretanto, se os credores se reunirem para deliberar sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação apresentado pelo devedor, haverá uma exceção ao princípio geral da proporcionalidade, já que a lei exige um quórum qualificado, conforme salientado por Eduardo Foz Mange.<sup>33</sup>

Neste cenário, os credores que possuem créditos trabalhistas ou decorrentes de acidentes de trabalho, e os credores microempresários e empresários de pequeno porte, terão os votos contados por cabeça e não pela proporcionalidade de seus créditos. Está previsão vem expressa no art. 45, § 2º da LFRE.

O objetivo da lei, com esta previsão, é garantir um resultado mais justo. Isso porque, geralmente, os créditos trabalhistas ou decorrentes de acidentes de trabalho e os créditos dos microempresários e empresários de

---

<sup>33</sup> MANGE, Eduardo Foz. *Assembleia-Geral de Credores na Recuperação Judicial*, 2010. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 51.

pequeno porte não têm tanta representatividade quando se analisa o complexo de créditos englobados pelo processo de recuperação. Geralmente são créditos de menor valor.

Ademais, os créditos trabalhistas são revistos por uma nítida natureza alimentar, razão pela qual, apropriadamente, não podem ser invalidados pelos créditos de maior vulto.

Nas demais classes de credores a aprovação do plano dependerá do voto dos credores que representem mais da metade dos créditos presentes na Assembleia, observando-se a o princípio da proporcionalidade, e também dos votos da maioria simples dos credores presentes (voto “por cabeça”).

Também aqui o legislador se preocupou em coibir abusos, na medida em que há um critério cumulativo para aprovação, o que impede os maiores credores de definirem o destino da empresa isoladamente.

#### **4.6 Competências**

No curso do procedimento de recuperação judicial podem surgir questões que demandem a deliberação dos credores. Essas questões, como bem salienta Sérgio Campinho, *podem ser simplesmente acidentais ou decorrerem de uma situação processual específica*.<sup>34</sup>

No primeiro caso, pode-se dizer que a instalação da Assembleia é facultativa, já que a não instalação não impede o prosseguimento da recuperação. No segundo caso, no entanto, a instalação é obrigatória e se mostra como condição necessária para o prosseguimento do processo de recuperação.

O art. 35 da LFRE elenca as matérias que podem ser objeto de deliberação pela Assembleia tanto no processo de recuperação judicial quanto no de falência. Assim, segundo expressa previsão legal do inciso I

---

<sup>34</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p 77.

do referido artigo, a Assembleia tem competência para deliberar sobre as seguintes matérias na recuperação judicial:

Art. 35. A assembleia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:

I – na recuperação judicial:

- a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;
- b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição;
- c) (VETADO)
- d) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4º do art. 52 desta Lei;
- e) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor;
- f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores;

Com relação às atribuições previstas nas alíneas “b” e “f”, tem-se que estas são facultativas, de modo que não há obrigatoriedade em convocar o conclave. Para deliberar sobre as demais questões, há obrigatoriedade de convocar a Assembleia.

A Assembleia tem competência para deliberar sobre a constituição do Comitê de Credores. Tal órgão tem suas atribuições previstas no art. 27 da LFRE e a sua constituição é facultativa.

Deve-se ter em mente que a constituição do comitê é facultativa pois nem todas os negócios explorados pela empresa em recuperação são complexos ao ponto de demandar a instauração de um órgão de consulta. Fábio Ulhoa Coelho compartilha deste entendimento. Veja-se:

“Não sendo empresa de vulto (seja pelo indicador da dimensão do ativo, seja pelo passivo) e não havendo nenhuma especificidade que justifique a formação da instância de consulta, o Comitê representará apenas burocracia e perda de tempo, sem proveito algum para o processo falimentar ou de recuperação.”<sup>35</sup>

No que toca ao pedido de desistência do processo de recuperação postulado pelo devedor, após o processamento do mesmo, deve a Assembleia ser convocada para deliberar a respeito. Nem todos os doutrinadores concordam com a previsão legal de que basta a aprovação da

---

<sup>35</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 112.

Assembleia, pelo quórum ordinário (art. 42 da LFRE), para aprovar a desistência.

Isso se justifica pelo fato que o empresário devedor pode se utilizar do processo de recuperação para se locupletar, ou seja, com o único objetivo de negociar os créditos que constam em seu passivo com bom deságio. Para tanto, o empresário contrataria um comissário que agiria em nome próprio para negociar as obrigações passivas. O legislador, entretanto, entendeu que os credores são dotados de discernimento suficiente para avaliar o valor de seus créditos e ponderar a respeito de sua cessão ou não.

Tal cenário é bastante esclarecedor para evidenciar que não são apenas os credores que podem agir abusivamente. Também o empresário devedor pode se aproveitar das vantagens obtidas para alcançar objetivos privados, que em nada se coadunam com os princípios e objetivos traçados pela nova legislação falimentar.

Também cabe à Assembleia deliberar sobre o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor. No procedimento de recuperação, em regra, não há o afastamento do empresário da condução dos negócios. Essa medida serve para assegurar que as atividades continuarão sendo exercidas por alguém que já conhece a rotina empresarial e estaria, portanto, mais apto para conduzir a empresa durante esse período delicado.

No entanto, existem situações que quando verificadas podem ensejar o afastamento do devedor. Elas estão previstas nos incisos do art. 64 da LFRE. Se o devedor ou seus administradores, por exemplo, agirem com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores, a Assembleia deve ser convocada para deliberar sobre a escolha de um gestor judicial (art. 64, III).

A Assembleia pode, ainda, deliberar sobre qualquer matéria de interesse dos credores desde que a mesma esteja prevista no edital de convocação, para que se evitem surpresas ao devedor e aos credores.



#### 4.7 A aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação

A competência da Assembleia para deliberar a respeito da aprovação, modificação ou rejeição do plano de recuperação apresentado pelo empresário em crise merece destaque justamente por ser ela a mais importante e comportar algumas controvérsias, como a que será analisada no próximo capítulo deste trabalho, atinente ao abuso de voto dos credores.

Para que ocorra a convocação da Assembleia com o fito de deliberar sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano é necessário que haja objeção ao mesmo (art. 56), na medida em que, caso isso não se verifique, haverá a aprovação *ipso facto* do plano.

A objeção apresentada pelos credores deve ser fundamentada, de modo a demonstrar efetivamente as razões que levaram a tal posicionamento e impedir abusos. Neste sentido, importante que haja uma atuação conjunta entre profissionais de diferentes áreas, como administradores, economistas, e demais profissionais aptos a analisar a real situação da empresa em crise e sua viabilidade de se reestruturar.

A análise da objeção cabe aos credores que compõem a Assembleia. Aqui o legislador prestigiou a ideia de que os credores, por estarem diretamente ligados na rotina da empresa, teriam mais condições de analisar a viabilidade econômica da mesma. Ao magistrado, por outro lado, cumpre apenas verificar os requisitos formais da objeção, como eventuais vícios de consentimento, a tempestividade da objeção, entre outros.

Como se verifica, a objeção é um direito do credor. No entanto, deve-se ter em mente que os mesmos devem analisar o plano apresentado com rigor, para que o interesse comum seja preservado. Não há que se tutelar juridicamente objeções sem fundamentação mínima, na medida em que se estaria frustrando o interesse de preservação, tão caro à nova legislação.

Para que haja a modificação do plano é necessário que o credor consinta, de acordo com o § 3º do art. 56 da LFRE. Muitos doutrinadores

criticam o fato de a lei não admitir a possibilidade de os credores apresentarem um plano alternativo antes da realização da Assembleia. Isso faz com que o tempo para negociações seja extremamente exíguo.

Não havendo consenso entre os credores quanto à aprovação do plano, ao juiz cabe a decretação de falência. Existem algumas situações, entretanto, em que àqueles que não aprovaram o plano são obrigados a conformar-se com ele. Tal assunto será detalhado no próximo capítulo.

## 5. Do *cram down*

O chamado *cram down*, também conhecido como *washout*, é um instituto que teve origem no direito americano com o *Bankruptcy Reform Act*, de 1978, e que corresponde à hipótese em que os credores que votaram contra o plano de recuperação são obrigados a conformar-se com ele. O termo, por conseguinte, expressa uma ideia de imposição, na medida em que alguns credores mesmo em desacordo com o plano, devem se submeter à decisão de aprovação tomada pelo juiz.

Mark J. Roe, ilustre professor de direito empresarial da Universidade de Harvard, assim se manifesta a respeito do *cram down*:

“When the bargaining process breaks down, the court must enter the fray and value the enterprise. The court can force a plan on a dissenting class – cram down, in bankruptcy jargon – as long as the dissenters receive compensation equal to the amount of their claim or stake in the enterprise, or the court finds that the value of the firm is too small to reach down to the dissenters’ layer in the capital structure.”<sup>36</sup>

Do trecho acima, é possível depreender que para que haja essa superação do veto dos credores pelo magistrado na sistemática jurídica norte-americana, alguns requisitos devem ser respeitados. O plano apresentado pelo devedor tem que ser justo, equitativo, efetivamente viável e não deve implicar tratamento discriminatório entre os credores. Tais requisitos estão expressos na *Section 1129 (b)*, do *Bankruptcy Law* norte-americano.

Com o estabelecimento desses requisitos resta latente a preocupação de buscar equilibrar os interesses de todos os envolvidos. A proibição de discriminação entre os credores, ou seja, proibição de tratamento desigual

---

<sup>36</sup> ROE, Mark J.: *Bankruptcy and Debt: A New Model for Corporate Reorganization*. Columbia Law Review. Vol. 83. N. 3. Abril 1983, p. 558. Apud: OLIVEIRA, Fabrício de Souza; MELO, Keylla dos Anjos. Problemas na aplicação do “cram down” brasileiro: uma proposta alinhada à teoria de Richard Posner. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ef7a3d1d2f039be1>> Acesso em: 15.10.2016.

entre credores da mesma classe serve para garantir que não haja pagamentos diferenciados injustamente.

O requisito da viabilidade merece destaque, tendo em vista que no Brasil o magistrado não tem a prerrogativa de analisar a viabilidade econômica do plano. Nos Estados Unidos, em contrapartida, há uma atuação conjunta do judiciário com a SEC (*Securities and Exchange Commission*), ou seja, a Comissão de Títulos e Câmbio dos Estados Unidos.

Assim, o magistrado norte-americano conta com a preponderante atuação da SEC, sendo certo que a avaliação econômica do plano se desenrola de forma mais efetiva. Além disso, é inegável que o magistrado possui uma postura mais ativa na condução do processo de reorganização da empresa em crise.

### **5.1 O *cram down* brasileiro e as críticas mais relevantes à aplicação do instituto**

Conforme exposto neste trabalho, a Lei de Falência e Recuperação de Empresas imputou aos credores o encargo de deliberar sobre a aprovação ou rejeição do plano de recuperação, de acordo com o quórum previsto no art. 45.

O resultado dessa deliberação, todavia, não é absoluto, haja vista que o devedor vencido em assembleia nem sempre tem o caminho da falência traçado à sua frente, já que o magistrado, através do *cram down*, poderá superar o veto dos credores.

Entretanto, para que ocorra essa imposição pelo juiz, é necessária a conjunção de alguns requisitos, são eles: a) obtenção de voto favorável de mais da metade créditos presentes, independente da classe; b) o plano de recuperação tem que ter aprovação em pelo menos duas classes de credores, ou no caso de haver apenas duas, em uma classe e; c) na classe que rejeitou o plano tem que ter havido voto favorável de mais de um terço dos

credores, computados por cabeça na classe dos trabalhistas e computados por valor do crédito e por cabeça, cumulativamente, nas demais classes.

Verificados estes requisitos, que encontram previsão nos incisos do § 1º do artigo 58, o magistrado terá duas alternativas: ou decreta a falência, tendo em vista a rejeição do plano, ou concede a recuperação. Caso opte pela segunda alternativa, deve-se haver uma ponderação sobre a efetiva possibilidade de manutenção da fonte produtora, cenário em que o *cram down* estará cumprindo sua função.

O instituto do *cram down*, no entanto, tem despertado inúmeras críticas por parte dos doutrinadores, principalmente porque, numa interpretação estrita, não teria o condão de obstar o veto de uma classe de credores e também por dissonar de forma acentuada do *cram down* previsto na legislação americana, no qual a aprovação do plano pelos credores é de extrema importância, mas não fator decisivo para a reorganização da empresa.<sup>37</sup>

Desta maneira, é seguro dizer que a regra contida no art. 58 representa apenas um quórum alternativo ao previsto no art. 45, limitando e engessando a atuação do magistrado que poderia ter um papel mais decisivo na análise do plano. Inexiste previsão legal para o magistrado conceder a recuperação judicial com base na análise econômico-financeira da empresa.

Em contrapartida, não se deve fomentar o entendimento de que os credores têm exclusividade em definir a sorte da empresa. Assim se posiciona Mauro Penteado, para quem “*a ninguém é dado ignorar o peso do poder econômico no mercado e a necessidade de contrabalançar essa realidade insuprimível, exteriorizada em seus vários segmentos*”.<sup>38</sup>

As dificuldades enfrentadas para balancear os interesses envolvidos no processo de recuperação judicial fizeram com que a jurisprudência

---

<sup>37</sup> SOUZA, Juliano Capello. *Cram Down: uma comparação entre o US Code e a Lei 11.101/2005*, 2012, p. 18. Disponível em <<http://docplayer.com.br/1497005-Cram-down-uma-comparacao-entre-o-us-code-e-a-lei-11-101-2005-cram-down-a-comparison-between-the-u-s-and-the-law-code-11.html>> Acesso em 27.10.2016.

<sup>38</sup> PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei nº 11.101/2005*. Sob a coordenação de Francisco Satiro de Souza Júnior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: RT, 2005, p. 72-73.

passasse a buscar alternativas para superar o referido conflito. Assim, a solução encontrada foi a utilização da teoria do abuso de direito.

Os desdobramentos dos limites da atuação dos credores e a atuação do magistrado nos processos de recuperação serão mais bem analisados no próximo capítulo, o qual buscará equacionar os interesses que orbitam em torno da recuperação judicial.

## 6. Do abuso de direito

A doutrina do abuso de direito encontrou e ainda encontra inúmeros percalços em seu desenvolvimento, principalmente no que concerne à superação do paradigma individualista que permeou a noção de direito durante muito tempo. Fato é, entretanto, que a promulgação do CC/2002 procurou amenizar tal celeuma, prevendo em seu art. 187 que, “*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”.

Ainda, há de se destacar que a vida em sociedade cada vez mais se torna complexa e sujeita a choques de interesses, de modo que a necessidade de analisar o direito como sendo um modificador de toda a sociedade é da mais alta relevância.

Alvino Lima, acertadamente afirma que a doutrina do abuso de direito veio para:

“Alargar o âmbito de nossas responsabilidades, cerceando o exercício de nossos direitos subjetivos, no desejo de satisfazer melhor o equilíbrio social e delimitar, tanto quanto possível, a ação nefasta e deletéria do egoísmo humano. Como corretivo indispensável ao exercício do direito, ela veio limitar o poder dos indivíduos, mesmo investidos de direitos reconhecidos por lei, conciliando estes direitos com os da sociedade.”<sup>39</sup>

Assim, tem-se como inegável a ruptura na concepção de que o exercício dos direitos somente serviria para proporcionar benefícios e vantagens ao seu titular. Os direitos subjetivos sofreram uma verdadeira mutação, antes tidos como absolutos, passaram a ser encarados sob uma ótica relativista. Melhor ainda, pode-se dizer que passou a ganhar relevo a funcionalização dos direitos subjetivos.

Fábio Aguiar Soares afirma que a funcionalização dos direitos irradia de forma acentuada nas relações jurídicas, *ressaltando a função social como cláusula geral que expressa um princípio informador o qual, embora*

---

<sup>39</sup> LIMA, Alvino. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, por J M de Carvalho Santos, vol. 1, editora Borsoi, Rio de Janeiro, pag. 326.

*amplamente assentado, ainda ocasione muitas contendas doutrinárias acerca de sua natureza.*<sup>40</sup>

Caio Mário da Silva Pereira, com toda a propriedade, salienta que o exercício regular de um direito também pode causar mal a outrem. Veja-se:

“Não se pode, na atualidade, admitir que o indivíduo conduza a utilização de seu direito até o ponto de transformá-lo em causa de prejuízo alheio. Não é que o exercício do direito, feito com toda regularidade, não seja razão de um mal a outrem. Às vezes é, e mesmo com frequência. Não será inócua a ação de cobrança de uma dívida, o protesto de um título cambial, o interdito possessório que desaloja da gleba um ocupante. Em todos esses casos, o exercício do direito, regular, normal, é gerador de um dano, mas nem por isso deixa de ser lícito o comportamento do titular, além de moralmente defensável. Não pode, portanto, caracterizar o abuso de direito no fato de seu exercício causar eventualmente um dano ou motivá-lo normalmente, porque o dano pode ser o resultado inevitável do exercício, a tal ponto que este se esvaziaria de conteúdo se a sua utilização tivesse de fazer-se dentro do critério da inocuidade.”<sup>41</sup>

É evidente, portanto, que o exercício dos direitos subjetivos encontra limitações, como a boa-fé objetiva, o fim social ou econômico dos direitos e os bons costumes.

Tal entendimento deve ser transportado à seara empresarial, pois quando os credores, por exemplo, se reúnem em assembleia geral para deliberar a respeito da aprovação, modificação ou rejeição do plano de recuperação, estarão exercendo o direito subjetivo de voto, que também deve ser exercido em consonância com os objetivos fundamentais estabelecidos pela própria LFRE.

## **6.1 Da aplicação da teoria do abuso do direito de voto na recuperação judicial como alternativa ao engessamento do magistrado diante das limitações impostas pelo *cram down* brasileiro**

<sup>40</sup> SOARES, Sávio de Aguiar. Teoria Geral dos Contratos e funcionalização no Direito Privado contemporâneo. Disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/47839/teoria-geral-dos-contratos-e-funcionalizacao-no-direito-privado-contemporaneo-savio-de-aguiar-soares>> Acesso em 28.10.16.

<sup>41</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. vol. I. Introdução ao direito civil; teoria geral do direito civil*. 24. Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 563.



Como já salientado neste trabalho, a jurisprudência pátria, diante do engessamento do magistrado ocasionado pelo legalismo fechado do *cram down* brasileiro, começou a buscar alternativas para conciliar os interesses envolvidos na recuperação judicial. Assim, surgiu um movimento de aplicação da teoria do abuso de direito na seara recuperacional, bem como a defesa de uma atuação mais ativa do magistrado.

Moacyr Lobato Campos Filho acertadamente defende que:

“Não exercerá o magistrado, principalmente em sede de recuperação judicial, atribuições meramente homologatórias, chancelando com uma espécie de ‘visto’ judicial a vontade imperativa dos credores. Ao contrário, sua atuação deverá ser efetiva, evitando-se o desequilíbrio que a disparidade de poderio econômico poderá ensejar. Não obstante a ausência de parâmetros sobre o exercício abusivo do direito de voto na lei falimentar, o juiz poderá reconhecê-lo em razão do exercício manifestamente excedente dos limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes pelo titular do direito de voto.”<sup>42</sup>

Não se discute que os credores têm seu direito de voto garantido pela legislação falimentar (art. 35, I, “a”). Tal prerrogativa, entretanto, deve ser exercida sem abusos. Não seria razoável que o futuro da empresa ficasse à cargo exclusivo dos credores, na medida em que existem diversos interesses inerentes ao procedimento de recuperação das empresas que igualmente devem ser tutelados.

Ademais, a norma máxima de nosso ordenamento jurídico assegura o princípio da inafastabilidade do poder judiciário em seu art. 5º, XXXV<sup>43</sup>, fato que corrobora para o entendimento de que em caso de lesão a algum interessado no processo de recuperação, caberá ao poder judiciário adentrar no mérito da deliberação para tentar equacionar os interesses envolvidos.

Esse entendimento também é perfilhado por Bezerra Filho, para quem, *o juiz, pelo poder que lhe é conferido, pode deixar de acatar decisões da assembleia geral que atentarem contra as disposições e*

---

<sup>42</sup> CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. *Falência e recuperação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 145

<sup>43</sup> Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

*princípios da Lei ou se tiver qualquer outro motivo*<sup>44</sup>. O magistrado, nessas situações deverá fundamentar a sua decisão já que a LFRE não traz disposição expressa nesse sentido.

Existem diversas situações nas quais é possível que algum credor possuidor de elevado crédito de determinada classe tente obter vantagens indevidas do devedor para votar favoravelmente à aprovação do plano de recuperação.

Pode ocorrer, por exemplo, que um credor com garantia real, ou seja, classificado em segundo lugar na ordem de preferência de pagamento (art. 83, II), tente pressionar a quebra da empresa para assim obter o seu crédito de forma mais rápida, mesmo que o plano apresentado pelo devedor contenha efetivamente medidas capazes de possibilitar o soerguimento da empresa.

Tal conduta evidentemente choca com os primados da nova ótica falimentar, a qual tem como pilar fundamental a preservação da empresa. À vista disso, é fundamental que o direito de voto seja exercido em conformidade com a boa-fé objetiva e a função social da empresa.

A boa-fé objetiva exerce clara limitação à vontade dos credores. Tem guarida legal no já citado art. 187 do CC/2002. Nas esclarecedoras palavras de Miguel Reale, a boa-fé objetiva:

“apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins Costa, ‘a consideração para com os interesses do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado’. Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de ‘honestidade pública’.”<sup>45</sup>

No que tange à função social da empresa, esta deve ser observada tanto pelos credores quanto pelo devedor. Os primeiros estarão respeitando

---

<sup>44</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falências comentada: lei 11.101/2005 – comentário artigo por artigo. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 118.

<sup>45</sup> REALE, Miguel. A boa-fé no código civil. 16.08.2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em: outubro de 2016.

a função social quando votam com responsabilidade e aquém de interesses meramente egoísticos. O segundo, em contrapartida, exerce a função social quando procura uma alternativa que busque manter a fonte produtora, preservando, em decorrência disso, todas as relações jurídicas emanadas da atividade empresarial.

É inegável, por conseguinte, que a função social da empresa representa um complexo de fenômenos extremamente relevantes para a coletividade. A empresa deve pautar a sua atuação com responsabilidade, já que há clara influência em diversos seguimentos, como a criação de postos de trabalho, respeito à coletividade e ao meio ambiente.

Rubens Requião, por seu turno, afirma que:

“Hoje o conceito social de empresa, como exercício de uma atividade organizada, destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços, na qual se refletem expressivos interesses coletivos, faz com que o empresário comercial não continue sendo empreendedor egoísta, divorciado daqueles interesses gerais, porém um produtor impulsionado pela persecução de lucro, é verdade, consciente de que constitui uma peça importante no mecanismo da sociedade humana. Não é ele, enfim, um homem isolado, divorciado dos anseios gerais da coletividade em que vive.”<sup>46</sup>

A LFRE não trouxe disposição a respeito da aplicação da teoria do abuso de direito de voto nos processos de recuperação. Conforme crítica de Eduardo Sechi Munhoz:

“A lei brasileira não se preocupou em oferecer ao juiz a possibilidade de superar o veto imposto por uma classe se os votos nesse sentido representem mais de 2/3 do total de créditos da classe, ainda que essa posição replica um comportamento de índole puramente individualista, contrário à função pública da recuperação.”<sup>47</sup>

Por essa razão, as figuras da boa-fé objetiva, da função social da empresa, entre outras, são extremamente relevantes para a análise das deliberações levadas a cabo pela assembleia de credores. É de bom tom

---

<sup>46</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1, p. 76.

<sup>47</sup> MUNHOZ, Eduardo Sechi. Comentários aos arts. 55 a 69. In. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Sérgio de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de empresas*. 1 ed. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 2006, p. 287-293.

salientar, no entanto, que estes não são os únicos aspectos limitadores da vontade dos credores.

Sendo assim, a análise do art. 115 da Lei 6.404./76, que prevê a figura do abuso do direito de voto nas deliberações societárias, é da mais alta relevância. O dispositivo legal tem o seguinte teor:

“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. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)”

Tal disposto traz expressa a previsão de que o acionista tem a obrigação de votar não apenas com o fito de preservar os seus interesses, mas também o interesse social. Há uma clara funcionalização do direito subjetivo de voto, na medida em que o acionista deve votar levando-se em consideração o fim econômico e social da empresa.

Inúmeros doutrinadores, entre eles Mauro Penteado, afirmam que há enorme influência do modelo de abuso de voto das sociedades por ações na sistemática das recuperações judiciais, uma vez que na recuperação judicial também deve-se buscar coibir o abuso de direito dos credores, na tentativa de assegurar a observância dos princípios fundamentais do instituto.

Trazendo esse entendimento para o campo da recuperação judicial, é certo que o art. 47 da LFRE exerce papel fundamental nesta questão. O referido artigo impõe ao credor a observância da função social da empresa, devendo-se, sempre que possível, buscar preservá-la.

Tendo como arcabouço as ponderações elencadas acima, deve prevalecer o entendimento de que o magistrado não é obrigado a homologar qualquer plano apresentado pelos credores. Fábio Ulhoa Coelho exemplarmente afirma que:

“Pela lei brasileira, os juízes, em tese, não poderiam deixar de homologar os planos aprovados pela Assembleia de Credores, quando alcançado o quórum qualificado da lei. Mas, como a aprovação de planos inconsistentes levará à desmoralização do instituto, entendo que, sendo o instrumento aprovado um blá

blá blá incontestado, o juiz pode deixar de homologá-lo e incumbir o administrador judicial, por exemplo, de procurar construir com o devedor e os credores mais interessados um plano alternativo.”<sup>48</sup>

Ocorre que nem sempre a liquidação da empresa representa afronta à função social, dado que a falência, como concebida atualmente, não implica necessariamente no fim da empresa. Além disso, o procedimento de recuperação nem sempre é capaz de viabilizar a reorganização da fonte produtora.

Cabe, portanto, a pontuação de que nem sempre o voto contrário ao plano de recuperação apresentado pelo devedor pode ser caracterizado como abusivo.

## 6.2 Análise jurisprudencial – o papel apreciador do magistrado

Com base nas ponderações acima, passa-se agora a analisar como a jurisprudência pátria tem se portado na tentativa de driblar a legislação legalista e fechada do *cram down*. Em outras palavras, buscar-se-á compreender que artifícios os magistrados estão utilizando para reprimir o “abuso da minoria”, conforme expressão utilizada por Eduardo Secchi Monhoz.

Como se verá, diversas decisões judiciais vêm reconhecendo a impropriedade de se reservar ao magistrado uma postura meramente homologatória das decisões assembleares. Há um nítido movimento de relativização da impossibilidade de o juiz analisar o mérito do plano apresentado pelo devedor.

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 0037321-84.2011.8.19.0000, os desembargadores do TJRJ reconheceram o abuso de direito de voto de um dos credores da empresa em crise. Diante disso, manteve-se a decisão de primeira instância que concedeu a recuperação

---

<sup>48</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 224.

mesmo diante da rejeição do plano pela assembleia de credores. Veja-se trecho do voto do relator:

“(…) É certo que a condição de aprovação do plano por pelo menos duas classes não foi atendida, mas tal se deu em razão do volume de crédito do Banco Itaú que influenciou no resultado geral da votação. Ao rejeitar o plano de recuperação judicial, o credor manifestou sua intenção de cobrar seu crédito diretamente dos devedores solidários, entendendo o Juízo pela configuração de abuso de direito de voto por parte da Instituição Financeira. Ressalte-se que o direito deve ser exercido sem desvio de finalidade; em perfeita consonância com os fins sociais e econômicos a eles inerentes, pautado, sempre, no princípio da boa-fé. O artigo 47, Lei nº 11.101/2005 estabelece o objetivo do instituto da Recuperação Judicial: “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”. E a postura adotada pela Instituição financeira ultrapassa o exercício regular de um direito, já que abusiva e contrária aos interesses dos demais credores, em total afronta ao espírito da Lei. Assim sendo, impõe-se a aprovação do plano de recuperação judicial, que se afigura de fundamental importância para o retorno da saúde financeira da Sociedade e para o atendimento dos interesses coletivos. Importante observar que essa solução, conforme observado pelo Juízo, nenhum prejuízo traz ao credor, que manifestou sua pretensão de cobrar o crédito diretamente dos devedores solidários.”<sup>49</sup>

Neste julgado resta evidente o fato de determinado credor, em decorrência da monta de seus créditos, tentar inviabilizar a concessão da recuperação para privilegiar seus interesses e assim receber seus créditos de forma mais rápida, mesmo ocasionando a inviabilização do exercício da atividade empresarial.

Igualmente reconheceu-se abuso do direito de voto no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0099076-46.2013.8.26.0000, levado a cabo pelo TJSP. Acordaram os desembargadores da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal, que houve abuso de direito de voto das instituições financeiras, que votaram contra o plano apresentado de forma injustificada. Observe-se:

“(…) Verifica-se, outrossim, que os credores que rejeitaram o plano, somente três dentre os vinte e cinco presentes representam 73,86% dos créditos presentes na

---

<sup>49</sup> TJRJ - Agravo de Instrumento nº 0037321-84.2011.8.19.0000, Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgamento em 13.12.2011.

AGC, a revelar a dificuldade de aprovação de qualquer plano sem a concordância dos mesmos. Disso resulta que o voto desses credores na Assembleia Geral de Credores realizada decidiria o destino da empresa recuperanda, aprovando o plano apresentado e concedendo a recuperação ou rejeitando-o, com a consequente decretação de sua quebra. Conclui-se, portanto, que as objeções ao plano apresentadas pelas instituições financeiras devem ser analisadas com cautela. Isso porque o direito de voto a ser exercido pelos credores não pode ultrapassar o limite imposto pelos fins social, econômico, a boa-fé ou os bons costumes, revelando-se, nestes casos, abuso de direito. Ausente previsão legal na lei nº 11.101/2005 no tocante à definição do exercício abusivo do direito de voto, invoca-se por analogia o disposto no artigo 115 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), que trata das modalidades de exercício abusivo de poder pelo acionistas de companhia, visando evitar a ocorrência de dano ou prejuízo, para a companhia ou outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas, ou ainda, de quem trabalhe na empresa. O instituto do abuso de direito positivado no artigo 187 do Código Civil/2002, configura como ato ilícito, o exercício de um direito pelo titular que excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. E ainda, conforme o entendimento esposado no Enunciado nº 45 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (CJF), o magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito. (...) Assim considerado, a rejeição injustificada somente por parte das instituições financeiras revela-se abusiva, uma vez que impede a recuperação da empresa que apresenta condições mínimas de se manter produtiva e em atividade, cumprindo o seu papel social e econômico.”<sup>50</sup>

Novamente verifica-se um caso de “abuso da minoria”, no qual um número extremamente reduzido de credores tenta forçar a decretação de falência com o objetivo de receber seus créditos de forma mais célere, em decorrência da escala de preferência estabelecida pela própria LFRE.

O referido acórdão ainda vai além ao postular a aplicação por analogia do disposto no artigo 115 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), que trata das modalidades de exercício abusivo de poder pelos acionistas de companhia, conforme já havia sido sugerido neste trabalho.

A questão do abuso da minoria fica ainda mais clara no julgamento do Agravo de instrumento nº 2017379-32.2014.8.26.0000. Acordaram os membros da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo em negar provimento ao recurso, que buscava reverter a decisão de primeira instância que havia superado o veto de credor único ao plano de recuperação apresentado.

---

<sup>50</sup> TJSP – Agravo de Instrumento nº 0099076-46.2013.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgamento em 03.02.2014.

“(…) Não se desconhece o entendimento segundo o qual o Poder Judiciário pode exercer o controle dos requisitos de validade dos planos de recuperação aprovados pela Assembleia Geral de Credores (Resp nº 1.314.209, publicado em 1º.6.2012), tese igualmente adotada por esta Câmara Reservada quando a proposta de plano apresenta alguma ilegalidade passível de controle judicial. (...) No caso ora analisado, conforme manifestação da Administradora Judicial, colocado em votação, o plano de recuperação foi aprovado “por 100% dos credores da classe I (trabalhistas) e 80,56% dos credores da classe III, tendo sido reprovado pelo credor da classe II.” O plano foi, portanto, rejeitado apenas na classe II, a que pertence o agravante. (...) Como se vê a rejeição do plano por classe composta por um único credor implicaria, sempre, no afastamento da recuperação e na convalidação em falência, o que não pode ser admitido, especialmente tendo-se em vista a interpretação sistemática da norma em referência. Não há de se admitir, portanto, e de acordo com o entendimento desta Câmara Reservada, o abuso da minoria, de modo que o Tribunal referenda a r. decisão recorrida e que concedeu a recuperação judicial da agravada, devendo-se proceder, neste momento, à análise das demais teses do recorrente.”<sup>51</sup>

Para corroborar o posicionamento defendido neste trabalho, o Superior Tribunal de Justiça tem o seguinte entendimento a respeito da validade das decisões assembleares:

“(…) 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 atendem 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. Sem embargo, sempre que chamada à manifestação, a jurisprudência vinha entendendo que a decisão da AGC deveria ser acatada pela jurisdição. Esse entendimento agora parece começar a mudar, a partir de decisões que têm sido tomadas pelos Tribunais, no sentido de que “as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle jurisdicional.”<sup>52</sup>

Merece especial, atenção, entretanto, o fato de que muitas vezes é extremamente complicado analisar a verificação do abuso do direito de voto e eventual conflito de interesses. No julgamento do Agravo de Instrumento nº 0146029-05.2012.8.26.0000, os membros da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo negaram

<sup>51</sup> TJSP - Agravo de Instrumento nº 2017379-32.2014.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgamento em 11.09.2014.

<sup>52</sup> STJ, REsp nº 1314209, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22/05/2012, DJe 01/06/2012.



provimento ao recurso e, por conseguinte, mantiveram a decisão de primeira instância que havia rejeitada a alegação de abuso de direito de voto de alguns credores. Veja-se trecho do voto:

“(...) não pode haver presunção de intenção abusiva do credor. Cabe ao magistrado o dever de amparar tal decisão em elementos probatórios que possam ser por ele, pelo devedor ou mesmo por outros credores trazidas ao seu conhecimento. De qualquer forma, como lembra Sheila Christina Neder Cerezetti, o exercício do direito de voto que manifestamente ultrapasse os limites dos fins econômicos ou sociais desse mesmo direito pode ser considerado abusivo. É exatamente o equilíbrio entre esses dois limites que estabelecerá o ponto a partir do qual o voto será considerado abusivo ou não. (...) O argumento principal esgrimido pelas agravantes, no entanto, assenta-se no fato de que a cessionária dos ativos agrícolas é forte concorrente das agravadas, que, por sua vez, não querem vê-la sobressair-se no mercado. Identifica-se, aqui, verdadeira presunção, hipótese inadmissível na caracterização do abuso que se procura impingir ao voto das credoras.”<sup>53</sup>

Analisar a real intenção do credor, como verificado no julgado acima, é tarefa da mais alta complexidade. Nem sempre o credor que exerce atividade no mesmo ramo empresarial que a empresa em crise estará agindo com abuso de direito caso voto pela rejeição do plano.

Ressaltamos, por conseguinte, que apesar de defendermos o posicionamento de que o magistrado deve ter a prerrogativa de apreciar as deliberações assembleares, principalmente no que concerne à sua legalidade, não se deve olvidar que se faz necessária uma conjugação de medidas para que não haja discricionariedade e a consequente banalização do instituto da recuperação judicial.

Assim, julgamos necessário que o magistrado possa contar com o apoio de um órgão com conhecimentos econômico-financeiros, como acontece nos EUA, onde os magistrados contam com o auxílio da SEC.

Estes, ainda, devem ter em mente que a recuperação da empresa não deve ser um fim a ser buscado a qualquer custo, o aspecto da viabilidade deve ter preponderância. Além disso, é fundamental equacionar os interesses dos credores com os princípios elencados no art. 47 da LFRE.

---

<sup>53</sup> TJSP – Agravo de Instrumento nº 0146029-05.2012.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgamento em 10.04.2015.

## 7. Considerações finais

A legislação falimentar brasileira encontra atualmente diversos desafios a serem superados. Diante de um novíssimo contexto político, econômico e também social, o instituto da recuperação judicial deve ser fortalecido, de modo a dar maior segurança aos envolvidos no processo de reerguimento da empresa em crise.

Se por um lado deve-se buscar a preservação da empresa (art. 47), pedra de toque da nova sistemática falimentar brasileira, não se deve negligenciar a necessidade de implementação de medidas para que o processo de recuperação seja mais eficiente e seguro. Desta forma, a disponibilidade de crédito, crucial para a fomentação da economia, não será um fator de risco demasiado acentuado para os investidores.

No que tange ao papel do magistrado, não obstante a intensa controvérsia doutrinária, entendemos que o mesmo tem sim um papel apreciador do mérito das decisões tomadas em assembleia, principalmente as que dizem respeito à aprovação e rejeição do plano de recuperação, quando se mostram presentes indícios de abuso de direito por parte dos credores.

Esse papel se justifica por inúmeras razões de ordem prática, entre elas, pode-se dizer, o legalismo exacerbado do *cram down* brasileiro, que impede o magistrado de superar o veto dos credores quando não se verificam todos os requisitos necessários para tanto.

Conforme ensinamentos de Alberto Camina Moreira:

“O *cram down* brasileiro é legalista, fechado, e não dá margem ao juiz para a imposição de plano que possa recuperar a empresa a despeito da discordância dos credores. A lei brasileira não confere ao juiz nenhuma margem de discricionariedade para a imposição de um plano aos credores discordantes.”<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> MOREIRA, Alberto Camina. *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, coordenação de Luiz Fernando Valente de Paiva, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 257-259.

Desta feita, de modo a alcançar os objetivos traçados pela nova legislação e, sem olvidar os interesses dos credores, fundamentais para o sadio desenvolvimento econômico, faz-se necessária a criação de mecanismos auxiliares, que possibilitem ao magistrado fazer uma análise mais apurada do plano de recuperação apresentado pelo devedor, evitando assim a banalização do instituto.

Somente assim, através do equacionamento de interesses é que a recuperação alcançará o seu fito sem importar em sacrifício exacerbado para um dos envolvidos.

## 8. Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria Geral dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

BORBA, José Edivaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. *Falência e recuperação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*, v. 2, São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de direito comercial, volume 7: falência e recuperação de empresa e direito marítimo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do Direito Comercial: com anotações ao projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, F. K. *Aspectos jurídicos da macroempresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MANGE, Eduardo Foz. *Assembleia-Geral de Credores na Recuperação Judicial*, 2010. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

MARIANO, Álvaro A. C. *Abuso de voto na recuperação judicial*, 2012. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Universidade de São Paulo – USP.

NEGRÃO, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Fabrício de Souza; MELO, Keylla dos Anjos. Problemas na aplicação do “cram down” brasileiro: uma proposta alinhada à teoria de Richard Posner. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ef7a3d1d2f039bel>> Acesso em 15.10.2016.

PACHECO, José da Silva. *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. vol.1. Introdução ao direito civil; teoria geral do direito civil*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

PERIN JUNIOR, Ecio. *Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PERIN JUNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na Lei de Falências*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial, v. 1*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de Empresas*. Barueri: Manole, 2008.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: teoria e prática*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Juliano Capello. *Cram Down: uma comparação entre o US Code e a Lei 11.101/2005*, 2012, p. 18. Disponível em

<<http://docplayer.com.br/1497005-Cram-down-uma-comparacao-entre-o-us-code-e-a-lei-11-101-2005-cram-down-a-comparison-between-the-u-s-and-the-law-code-11.html>> Acesso em 27.10.2016.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Sérgio de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

TOLEDO, Paulo F.C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). *Comentários à Lei de Recuperação e Falência*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.