

4.1.1 *Legitimidade ativa para a propositura do pedido de recuperação e apresentação do respectivo plano*

Conforme acima tratado, a recuperação judicial consiste em instituto bastante recente do Direito Brasileiro, destinado a permitir a superação da crise econômico-financeira de um devedor empresário.¹² Importam para o presente estudo os casos de recuperação judicial de sociedades por ações.

No ordenamento pátrio, salvo poucas exceções,¹³ a recuperação judicial somente pode ser iniciada mediante o pedido de recuperação judicial elaborado pelo próprio devedor.¹⁴ A leitura do art. 48 da Lei de Recuperação e Falência deixa entrever que cabe apenas ao devedor em crise, que preencha determinados requisitos, formular a requisição de recuperação judicial.¹⁵

12. Nos termos do primeiro dispositivo da Lei de Recuperação e Falência: “Art. 1º. Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”.

13. Trata-se, aqui, dos pedidos de recuperação feitos pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente. Considerando que o presente estudo diz respeito apenas ao estudo de recuperações judiciais de sociedades por ações, cabe indicar com mais atenção que o acionista remanescente é legitimado ativo para requerer a recuperação judicial da sociedade de que participa. Fábio Ulhoa Coelho acredita na existência de imprecisão no termo utilizado pelo legislador, considerando que o correto seria a utilização da expressão “dissidente” ou “minoritário” ao se referir ao sócio legitimado a requerer a recuperação judicial. De acordo com o autor, em caso de deliberação negativa dos sócios acerca da formulação do pedido, poderia o sócio dissidente solicitá-la caso a sociedade estivesse apta para tanto (*Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 125). A interpretação constitui, sem dúvida, proteção importante e louvável, na medida em que favorece o equilíbrio entre o rol de partes interessadas e a lista de partes capazes de buscar solução para a crise empresarial. Em sentido contrário caminha Marcos Andrey de Souza, para quem essa interpretação tornaria letra morta os dispositivos societários que regulam a deliberação para pedido de concordata preventiva, atualmente aplicáveis à decisão sobre a formulação de pedido de recuperação judicial (“Comentários aos arts. 48 e 49”, in Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho (coords.), *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 222-223).

14. É o que se sói chamar de “concurso voluntário”, em contraposição ao “concurso necessário” – ou seja, aquele iniciado após requisição de um credor.

15. O *caput* do art. 48 estabelece que “poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: (...)”. Na

Os legitimados ativos para a propositura da ação são, nos termos da lei, os devedores que: (i) exerçam regularmente a atividade há mais de dois anos; (ii) não sejam falidos, e, se tiverem sido, que as responsabilidades daí decorrentes estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado; (iii) não tenham, há menos de cinco anos, obtido concessão de recuperação judicial; (iv) não tenham, há menos de oito anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial para microempresas e empresas de pequeno porte; e (v) não tenham sido condenados ou não tenham como administrador ou sócio controlador pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na Lei de Recuperação de Empresas.

A postulação da recuperação judicial por uma sociedade por ações, apresentada por seus administradores, depende da aprovação de tal decisão em assembleia-geral de acionistas. De fato, o texto do art. 122, IX, da Lei das Sociedades por Ações estabelece a autoridade da assembleia-geral para autorizar os administradores a confessar a falência e a pedir a concordata da companhia. Uma leitura atualizada da norma permite afirmar que os acionistas reunidos também são competentes para deliberar sobre o pedido de recuperação judicial.¹⁶

Em caso de urgência, o parágrafo único do dispositivo citado permite que a confissão da falência ou o pedido de concordata – hoje, pedido de recuperação judicial – seja formulado pelos administradores sem a realização da assembleia-geral e apenas com a concordância do acio-

jurisprudência, v.: “Quanto à recuperação judicial, trata-se de providência a cargo da devedora, como resulta do art. 48 da Lei n. 11.101/2005, e que não foi requerida, não havendo, na nova Lei de Falências, nada que condicione a decretação da quebra à intimação prévia do devedor para dizer se pretende ou não requerer a recuperação judicial” (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 418.809.4/0, rel. Des. Romeu Ricupero, j. 1.2.2006). A doutrina também afirma a legitimidade ativa restrita ao devedor (cf.: Sérgio Campinho, *Falência e Recuperação de Empresa – O Novo Regime da Insolvência Empresarial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 125; Sidnei Agostinho Beneti, “O processo da recuperação judicial”, in Luiz Fernando Valente de Paiva (coord.), *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 228; e Jorge Lobo, in Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 131).

16. Cf.: Sérgio Campinho, *Falência e Recuperação de Empresa – O Novo Regime da Insolvência Empresarial*, cit., p. 133; e Rachel Sztajn, “Notas sobre as assembleias de credores na Lei de Recuperação de Empresas”, *RDM* 138/66, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, nota de rodapé 8.

nista controlador, se houver. A existência de circunstâncias prementes justifica a possibilidade de o pedido ser apresentado sem que os acionistas tenham previamente consentido com a decisão. Nesses casos, uma assembleia-geral extraordinária deve ser imediatamente convocada para deliberar sobre o assunto; e, uma vez ratificada a decisão, a recuperação judicial prossegue.¹⁷

R. Tepedino¹⁸ lembra que, nas companhias que contarem com conselho de administração, este deverá autorizar o pedido nas situações em que os acionistas não forem consultados antes da sua formulação. O assunto em pauta tangencia o tema do princípio da indelegabilidade de competências privativas atribuídas pela Lei das Sociedades por Ações aos diversos órgãos que compõem a sociedade por ações.¹⁹ Tal princípio, contudo, não pode ser considerado absoluto, e a possibilidade de, em casos de urgência, ser permitido o pedido de falência ou recuperação sem a prévia aprovação da assembleia de acionistas é um bom exemplo desta afirmativa.²⁰

Deve-se, no entanto, definir se a decisão foi delegada ao conselho de administração, sendo que a eficácia da deliberação dependeria do consentimento do controlador, ou se, pelo contrário, a esse caberia a decisão, restando aos representantes da companhia – em geral, algum

17. Na Argentina, o art. 6º da *ley de concursos y quiebras*, Ley 24.522, permite que o pedido de recuperação seja formulado pelos representantes mediante a deliberação favorável do órgão de administração. À assembleia cabe a posterior decisão de ratificar ou não a resolução da administração.

18. In Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, cit., 2ª ed., p. 325. A opinião é manifestada em comentário ao art. 122, IX, e parágrafo único, da Lei das Sociedades por Ações, ao tratar do pedido de autofalência. Acredita-se, contudo, que seu teor também possa ser empregado nos casos de recuperação, em que o mesmo dispositivo se aplica.

19. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro esclarecem que “os nove incisos do art. 122 estabeleceram competência privativa da assembleia-geral” (*Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, vol. 1, São Paulo, Bushatsky, 1979, pp. 387).

20. Cf. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 4ª ed., vol. 2, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 619. Conforme esclarecido pelo autor, todavia, dizer que o princípio não é absoluto significa apenas que a própria lei estabeleceu exceções, facultando a delegação de competências em casos específicos. Isso não significa, portanto, que o estatuto ou os acionistas possam assim proceder em outros casos.

membro da diretoria²¹ – agir de acordo com a resolução do referido acionista.

Por um lado, a exigência da deliberação favorável do conselho de administração justifica-se, uma vez que a esse órgão cabe fixar a orientação geral dos negócios da companhia – e, sem dúvida alguma, a requisição de quebra ou recuperação constitui assunto de extrema importância, já que dela podem resultar a descontinuidade ou a reestruturação das atividades empresariais. Por outro lado, contudo, há que se lembrar que a transferência de competência foi permitida pelo legislador devido à necessidade de uma atuação imediata, a qual seria impossibilitada caso uma assembleia precisasse ser convocada. Conceder ao conselho a competência para decidir sobre o tema consumiria algum tempo e iria de encontro ao próprio propósito do dispositivo. Parece que a interpretação mais consentânea com a teoria institucionalista que envolve a lei acionária brasileira seria dizer que a decisão deve ser transferida de um órgão a outro, permitindo-se, assim, a independência da administração. Entretanto, ao exigir o consentimento de um acionista para que importante medida seja tomada, a leitura da lei demonstra que o legislador, por um lado, mais uma vez comprova o poder conferido ao controlador, cuja opinião mostra-se determinante do caminho a ser traçado pela companhia, e, por outro, pretende prever o futuro resultado da assembleia que deverá ser convocada.

O tema faz lembrar a crítica tecida por Frederico Viana Rodrigues²² à omissão do legislador brasileiro em dispor sobre a iniciativa do pedido de recuperação independentemente da vontade dos sócios. Consoante o autor, considerando que sócio, sociedade e empresa não devem ser confundidos, os interesses deles deveriam ser destacados, de forma a se alcançar os objetivos da Lei de Recuperação e Falência. Seguindo-se a mesma linha de pensamento, seria absolutamente plausível permitir que a administração solicitasse a recuperação sem que essa tivesse sido uma decisão obtida no órgão deliberativo dos acionistas.

21. Cf. o *caput* do art. 144 da Lei das Sociedades por Ações: “Art. 144. No silêncio do estatuto e inexistindo deliberação do conselho de administração (art. 142, n. II e parágrafo único), competirão a qualquer diretor a representação da companhia e a prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular”.

22. Frederico Viana Rodrigues, “Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro”, *RDM* 138/119, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, nota de rodapé 57.

O posicionamento do autor traz à baila a consideração acima feita acerca da existência de diferentes interesses que circundam a sociedade e que devem ser ponderados quando da definição do interesse social. Caso se acredite, conforme supradelineado, que o interesse social não se iguala ao interesse dos acionistas que compõem o quadro acionário da sociedade, ao se determinar que o pedido de recuperação judicial depende da aprovação dos acionistas se acaba por permitir que uma decisão capaz de gerar efeitos a inúmeras partes seja tomada apenas por alguns interessados. Entretanto, não se pode esquecer que essa foi a estrutura criada pelo próprio direito societário brasileiro. A divisão de competências entre os órgãos de uma sociedade por ações faz com que determinadas decisões sobre seu destino caibam aos acionistas ao passo que outras sejam atribuídas ao órgão de administração da companhia. Sabe-se que inúmeras deliberações são arrogadas aos acionistas muito embora possam atingir outros interessados que participam da sociedade empresária. Esse é, por exemplo, o caso da decisão acerca da dissolução ou liquidação da companhia (art. 122, VIII). A opção por dissolver ou liquidar a companhia afeta interesses não apenas dos acionistas, mas a eles foi concedido o poder de fazer com que a companhia trace esse caminho.

Ào que tudo indica, o maior defeito acerca da legitimidade ativa para o pedido de recuperação judicial não diz respeito exatamente à impossibilidade de o pedido ser formulado pelos administradores sem a oitiva dos detentores do capital social da companhia.²³ Na verdade, a adoção de uma tal solução – ou seja, permitir que o administrador seja competente para decidir acerca do pedido – seria suficiente apenas caso se acreditasse que todos os participantes de uma sociedade são por ele representados.²⁴ Para tanto, a defesa de uma atuação independente da

23. A autorização dos acionistas é vista como meio de participação dos detentores do capital social no procedimento de recuperação (cf. Rachel Sztajn, “Notas sobre as assembleias de credores na Lei de Recuperação de Empresas”, cit., *RDM* 138/66, nota de rodapé 8: “Nos Estados Unidos a legislação requer que, além dos credores, haja aprovação dos acionistas relativamente ao plano de reorganização. No Brasil a matéria está – entendo – referida na legislação societária de forma indireta. É que cabe aos acionistas manifestar-se, em assembleia extraordinária, sobre a proposta de reorganização da sociedade elaborada pelos administradores”). Pode-se discutir, contudo, se esse é um mecanismo satisfatório para a representação dos interesses dos acionistas. Sobre o tema, v. o item 3.3.2.3, supra.

24. Esse é, por exemplo, o caso de teorias como a *team production theory*, segundo a qual todos os membros da sociedade (incluindo-se, dentre outros, acionistas, credores, administradores, empregados, fornecedores, consumidores e Governo) atribuem ao conselho de administração da companhia – órgão independente com

administração seria positiva e poderia, inclusive, favorecer o respeito aos demais interesses que precisam ser ponderados quando da condução de uma sociedade por ações.

Ocorre que em casos como o da realidade brasileira, em que as companhias são em sua maioria administradas em conflito, com ampla identificação entre acionista controlador e administração social,²⁵ parece difícil compreender como satisfatória a legitimidade ativa apenas do devedor, seja por meio do pedido autorizado necessariamente pelos acionistas ou formulado de maneira autônoma pelos administradores. Em situações extremas a autonomia da administração para formular o pedido, sem a necessária independência, poderia até mesmo representar malefício aos acionistas que não participam do controle social, na medida em que estes, muitas vezes alheios às resoluções dos órgãos de administração, perderiam até mesmo a possibilidade de manifestação em assembleia.

O que se debate está intimamente relacionado com a discussão acima traçada acerca da declaração do princípio da preservação da empresa, concebido como resultado de uma vasta evolução no sentido da consideração da mais ampla gama de interesses que envolvem a sociedade, e o necessário reflexo desse preceito em regras procedimentais para que ele possa ser concretizado. De fato, a busca pela preservação da organização mais apta a ordenar interesses e resolver conflitos entre eles deve passar por uma regra de propositura do pedido que permita a participação de interessados na manutenção da referida organização.

No caso, a norma acerca da legitimidade ativa para a requisição da recuperação judicial deve ser entendida como uma das regras pro-

relação aos participantes – a função de defender seus interesses e entre eles dividir os valores gerados pela sociedade. V.: Margaret M. Blair e Lynn A. Stout, “A team production theory of corporate law”, *Virginia Law Review* 85 (1999), pp. 247-328; e, sobre a aplicação da teoria à reorganização de empresas, v. L. M. LoPucki, *A Team Production Theory of Bankruptcy Reorganization*, Law and Economics Research Paper Series, Research Paper n. 3-12, University of California, School of Law, 2003, pp. 9-13 (disponível em <http://ssrn.com/abstract=397801>, acesso em 3.5.2006). A compreensão de que os administradores têm deveres fiduciários não apenas para com os acionistas também seria muito benéfica para esse propósito. Nesse sentido já caminham autores que buscam identificar deveres fiduciários para uma variada gama de interesses envolvidos pela empresa em crise. Sobre o tema, v. item 4.1.4.1, *infra*.

25. Sobre o tema, v. Calixto Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp. 83 e ss.

cedimentais que precisam refletir o princípio mencionado. Trata-se, na verdade, da regra relativa ao início do procedimento, a qual, espera-se, possa respeitar os variados interesses atingidos pela crise.²⁶

Nesse sentido, a fase postulatória da recuperação judicial já deveria conter em si um reflexo do princípio e buscar abranger da melhor maneira possível os interessados. A restrição da legitimidade ativa, tal qual contida na Lei de Recuperação e Falência, não parece ir ao encontro desse postulado.²⁷

Portanto, de acordo com os dispositivos legais em vigor, somente se o devedor assim desejar a recuperação judicial será solicitada ao juízo competente. Não se permite que os demais interessados – como, por exemplo, credores, trabalhadores, acionista ou grupo de acionistas,²⁸ órgão governamental ou comunidade de que o devedor participe – pos-

26. Críticas quanto à restrita legitimidade ativa do devedor já existiam em relação à concordata preventiva. Afirmava-se que a limitação do impulso inicial ao devedor iria contra a diretriz de preservação da empresa viável, na medida em que o pedido de concordata costumava ser feito apenas quando a crise não podia mais ser revertida – o que acarretava uma habitual conversão de concordatas em falências (cf. Nelson Abrão, *Curso de Direito Falimentar*, 5ª ed., revista, atualizada e ampliada por Carlos Henrique Abrão, São Paulo, LEUD, 1997, pp. 306-307).

27. A crítica à legitimidade ativa restrita também foi feita por Lídia Valério Marzagão nos seguintes termos: “Ainda que o legislador tenha inserido a concepção de que a recuperação judicial não se cinge aos interesses exclusivos de seus representantes, mas à sociedade em geral, foi demasiadamente simplista ao tratar da legitimação para o requerimento do benefício. É que a lei deixa ao único e exclusivo arbítrio do devedor a legitimação para a promoção da medida preventiva de saneamento de eventual crise, que, se não intentada, por motivos diversos, inclusive de ordem pessoal, em determinadas situações poderá ocasionar a liquidação da empresa, contrapondo-se, no entanto, ao fundamento essencial da lei, que é a sobreposição do interesse da coletividade ao do indivíduo que administra a empresa” (“A recuperação judicial”, in Rubens Approbato Machado (coord.), *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 93).

28. Caso essa possibilidade constasse da lei, tratar-se-ia de situação análoga à ação social *ut singuli*, já conhecida no direito societário para os casos em que se busca a condenação do administrador por danos causados à companhia (sobre o tema da ação social no âmbito das sociedades por ações, v. Marcelo Vieira von Adamek, *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A (e as Ações Correlatas)*, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 366-389). No caso do direito concursal o mecanismo poderia ser previsto para combater situações de inércia da administração, evitando-se, assim, prejuízos decorrentes da apresentação tardia de um pedido de recuperação judicial. Para evitar abusos ou solicitações inadequadas, a previsão legal deveria vir acompanhada de requisitos mínimos para sua utilização.

tulem a abertura de processo destinado ao saneamento da empresa em crise.²⁹

Conforme se buscará tratar no item 4.1.1.1.1, abaixo, o Direito Comparado demonstra que há outras possibilidades de propositura de um procedimento de recuperação, as quais podem de alguma forma contribuir para a melhoria da regra brasileira e para o almejado encontro entre princípio e norma.

Da mesma forma, o item 4.1.1.2 demonstrará que também no campo do direito processual seria possível a atribuição de legitimidade ativa a outros entes.

Contudo, antes de serem apresentadas as soluções do Direito alienígena e de se discutir se seria adequada a ampliação dos legitimados ativos à propositura do pedido de recuperação judicial, cumpre apresentar tema bastante próximo e que traz à baila discussões muito parecidas. Trata-se da relação de legitimados à propositura do plano de recuperação.

Sabe-se que, após o deferimento do processamento de uma recuperação judicial, nos termos do *caput* do art. 53 da Lei de Recuperação e Falência,³⁰ cabe exclusivamente ao devedor a propositura de um plano de recuperação judicial.

O plano de recuperação é um documento que deverá (i) discriminar pormenorizadamente os meios de recuperação que serão empregados durante a recuperação, caso essa venha a ser aprovada e concedida, (ii) demonstrar sua viabilidade econômica e (iii) conter laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor.³¹

29. A ampliação do rol de legitimados, além de ser coerente com uma perspectiva de consideração a mais amplos interesses, também se coaduna, ao menos no que tange à atribuição de legitimidade aos credores, com as ideias daqueles que encontram no concurso um mecanismo para a melhor satisfação dos credores, uma vez que, sob essa perspectiva, os instrumentos para lidar com a crise empresarial deveriam ter início quando estiverem no interesse dos credores como um grupo (v. Thomas H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 21).

30. “Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência, e deverá conter: (...)”

31. Consoante o art. 53, I, II e III: “Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena

A proposta do devedor deve ser feita no período máximo e improrrogável de 60 dias, contados da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial. Caso o citado prazo não seja obedecido, determina a lei que a recuperação judicial seja convolada em falência.³²⁻³³

A apresentação da regra suprarreferida demonstra a opção brasileira pela restrição à exclusividade do devedor para a propositura do plano de recuperação, muito embora permita que credores apontem mudanças à proposta do devedor. Conforme indicado abaixo, essa não é a solução encontrada em todos os ordenamentos que contam com mecanismos de saneamento de empresas e que contemplam a apresentação e votação de um plano para reger a recuperação do devedor.

O assunto em pauta tangencia, conforme já afirmado, aquele discutido imediatamente acima, na medida em que também cuida da atribuição de competência a apenas um dos interessados no procedimento

de convalidação em falência, e deverá conter: I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica; e III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.”

32. A jurisprudência indica a aplicação da convalidação em falência em casos de inobservância do prazo legalmente estabelecido: TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 556.674-4/0-00, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 9.6.2009 – ressalte-se que, no caso concreto, ao lado do desrespeito ao prazo, mencionou-se como motivo para a convalidação a venda de quotas da sociedade em recuperação judicial sem a manifestação da assembleia-geral de credores e do juiz; TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 990.10.105052-8, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 6.4.2010; TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 994.09.324685-7, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 6.4.2010).

33. A opção legislativa pela convalidação pode ser questionada, conforme será feito no item 4.1.2.3.4, abaixo. Júlio Kahan Mandel sugere que o magistrado não deve decretar a falência caso essa medida não reflita o interesse dos credores e da sociedade (“Da convalidação da recuperação judicial em falência”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 36 (2007), pp. 245-246). Trata-se de posicionamento a ser respeitado, principalmente considerando-se o reconhecimento, aqui defendido, de que a manutenção da empresa não representa valor apenas para o devedor, mas para amplo número de interessados. Uma vez constatado o desrespeito ao prazo, poder-se-ia defender a substituição dos responsáveis pela condução da sociedade e o fornecimento de nova oportunidade de apresentação do plano – medida que poderia, assim, observar a máxima de separação entre a sorte da empresa e a do empresário.

de recuperação – qual seja, o devedor – para a formulação de um documento que dispõe sobre inúmeros direitos e abrange pessoas direta e indiretamente nele tratadas.

A regra de convocação da recuperação judicial em falência por desrespeito ao prazo de apresentação do plano, cumulada com a legitimidade exclusiva do devedor para a formulação do plano, permite que esse único agente seja o responsável pela decisão acerca do futuro da empresa.

Impossível não notar que os demais interessados para os quais a recuperação seria favorável sofrem com o disposto nessa norma e ficam sujeitos à opção do devedor. A solução encontrada pelo legislador parece mais uma vez conter a presunção de que a recuperação é mecanismo positivado em benefício apenas do devedor, sem considerar o interesse dos demais participantes.

Essa mesma dificuldade também está refletida nas regras concernentes ao pedido de autofalência. Por meio da autofalência permite-se ao devedor solicitar ao juízo a abertura de concurso universal. Acredita-se, assim, que, uma vez identificada na falência a melhor alternativa à conclusão da crise econômico-financeira do devedor, ele mesmo pode demandá-la.

Ocorre que a Lei de Recuperação e Falência fixou, em seu art. 105, a verificação da viabilidade da empresa em crise como critério a autorizar que o devedor solicite a realização de seus ativos com vistas à satisfação de seu passivo. Caso o devedor perceba ser inexecúvel a recuperação judicial, devido à sua inviabilidade econômico-financeira ou ao já conhecido dissentimento dos credores com relação ao seu soerguimento, cabe a ele solicitar sua quebra.

Importante frisar que a escolha no sentido de proceder a tal pedido deve ser imbuída da consciência de que a liquidação no momento apropriado traz benefícios não apenas ao próprio devedor e a seus credores, mas à sociedade como um todo. Destarte, atribui-se ao devedor função de alta relevância para todos aqueles cujos interesses são envolvidos pela empresa.³⁴

34. Cabe, aqui, referir o estudo de Mauro Rodrigues Penteadó acerca da dissolução de sociedades, em que o autor ressaltou que tentativas de desativação de companhias prósperas pelo acionista controlador devem ser vistas como medidas de exercício abusivo do direito de voto, pois nesses casos haveria nítido desrespeito

Entretanto, deve-se ressaltar que a referida atribuição pode ocasionar situações indesejadas. Exemplo disso é o caso em que o devedor não mais apresenta interesse em manter a atividade empresarial, muito embora não reste comprovada a impossibilidade de sua recuperação. Questiona-se, assim, se a decretação da quebra deveria ser um imperativo. Talvez a melhor solução fosse permitir que os demais interessados apresentassem planos de reorganização a serem apreciados pelos outros envolvidos.

Nessas circunstâncias – em que o devedor pedisse a falência mas não comprovasse a inviabilidade da manutenção da atividade – poder-se-ia preservar a empresa e evitar inúmeros prejuízos a diversos interessados na sua manutenção. Foge-se, assim, da ideia de que a recuperação é feita em benefício do devedor e se demonstra que ela pode ser feita em decorrência do interesse geral em sua preservação, ainda que à revelia ou sem a iniciativa do controlador.

Outra solução a esse relevante problema diz respeito à possibilidade de os demais interessados na empresa apresentarem oposições à solicitação de liquidação. Considerando que, como visto, os efeitos decorrentes da decretação de falência do devedor não atingem apenas ele próprio, há que se permitir que os demais interessados sejam ouvidos.³⁵ A legislação revogada considerava legitimados ativos à apresentação de oposição³⁶ e de recursos contra a decretação os sócios que não assinassem o requerimento de falência. O mesmo não foi feito pela Lei de Recuperação e

à tutela dos demais interessados e da própria função social da empresa (*Dissolução e Liquidação de Sociedades*, Brasília, Brasília Jurídica, 1995, pp. 169-174).

35. Trata-se, portanto, de mais uma situação em que a Lei de Recuperação e Falência parece falhar, ao deixar de refletir em regras procedimentais a necessária participação dos envolvidos pela empresa em crise como meio de proteção aos seus interesses. Lembre-se que a mesma ausência de previsão específica de mecanismos para a defesa de outros centros de interesses é percebida na Lei das Sociedades por Ações, conforme ressaltado por Mauro Rodrigues Penteado (*Dissolução e Liquidação de Sociedades*, cit., pp. 169-174).

36. Conforme anotado por Rubens Requião (*Curso de Direito Falimentar*, 17ª ed., atualizada por Rubens Edmundo Requião, vol. 1. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 103) e R. Tepedino (in Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, cit., 2ª ed., p. 329), a atribuição de legitimidade para apresentar oposições não significa, contudo, que os sócios que não autorizaram o pedido devam ser citados. Em sentido contrário, v. Renato Lisboa, Altemani e Ricardo Alexandre da Silva, *Manual de Verificação e Habilitação de Créditos na Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 32.

Falência, o que, contudo, não deve impedir que interessados deduzam seus pedidos ao juízo concursal. Esse entendimento não deve apenas se referir à legitimação ativa dos sócios, mas também à dos credores e demais interessados.³⁷

De fato, caso outros interessados ou participantes do capital social do devedor possam comprovar a capacidade daquele que confessa a falência de cumprir com suas obrigações, seja por não se encontrar em estado de falência, seja pela exequibilidade da recuperação judicial, não há motivo para a decretação de sua quebra.

As duas soluções acima ventiladas, todavia, podem nem mesmo ser necessárias nos casos em que a viabilidade não seja critério de fácil aferição ou em que não seja possível identificar outros interessados em manter a empresa. Explica-se. Caso a falência seja implementada conforme imaginada pelo legislador brasileiro – ou seja, como um instrumento para “preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa” –, em muitas situações não seria necessário buscar remédios jurídicos para evitar seu uso por determinado empresário.

Se dentro da estrutura interna da companhia se chegou à conclusão de que não há viabilidade econômico-financeira e, ainda mais, não há interesse dos atuais participantes em manter a companhia em exercício, tampouco outros *stakeholders* demonstram-se interessados, o instituto falimentar pode ser, se utilizado adequadamente, mecanismo apto a promover solução positiva.³⁸

37. Com relação à legitimidade dos credores, esse era o entendimento de Rubens Requião sob a vigência do decreto-lei: “Os conflitos de interesses e as situações peculiares, de que tão pródiga é a atividade comercial, podem levar o devedor a pedir a decretação de sua autofalência, sem que delineada perfeitamente esteja a sua insolvência. Nesse caso, pensamos que seria possível aos credores, intervindo no pedido do devedor, informarem ao juiz, deduzindo suas provas e razões, que o devedor pode perfeitamente pagar os seus credores. Ao juiz caberia, então, indeferir o pedido de falência, pela confissão do devedor” (*Curso de Direito Falimentar*, cit., 17ª ed., p. 103). Em sentido contrário, v. J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 6ª ed., atualizada por Roberto Carvalho de Mendonça, vol. VII, Livro V, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, p. 282, nota de rodapé 3 – para quem os credores em unanimidade não poderiam manifestar-se contra a decretação de falência.

38. Sobre o tema, v. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, “A preservação da empresa, mesmo na falência”, in Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues (coords.), *Direito Recuperacional: Aspectos Teóricos e Práticos*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 517-534.

Justamente com esse propósito, o art. 140³⁹ da Lei de Recuperação e Falência determina que os ativos da empresa sejam alienados de acordo com uma ordem de preferência que privilegia a manutenção dos bens como um conjunto, com fins à possível preservação da empresa. E, visando a incentivar a aquisição, prevê-se, ainda, a não sucessão, por parte do adquirente, nas dívidas do falido.⁴⁰

Não se deve, portanto, tratar os institutos da recuperação e da falência como contrapostos, mas como caminhos distintos para a preservação da empresa.

4.1.1.1 *Questionamentos acerca da legitimidade ativa de credores e outros interessados: relatos de Direito Comparado*

Conforme adiantado acima, as regras relativas à legitimidade ativa para a propositura de mecanismos de recuperação de empresas em crise e apresentação de plano de reorganização não refletem um padrão em todos os ordenamentos que contam com instrumentos para o saneamento de devedores.

4.1.1.1.1 A legitimidade ativa para a propositura do pedido de recuperação

Nos Estados Unidos a *reorganization* – um dos denominados *bankruptcy cases*⁴¹ – pode ser iniciada de duas maneiras. Por um lado, o próprio devedor pode peticionar voluntariamente (*voluntary petition*),

39. “Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência: I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; IV – alienação dos bens individualmente considerados.”

40. “Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo: (...) II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.”

41. Os *bankruptcy cases* são os seguintes: *liquidation*, *adjustment of debts of an individual with regular income*, *reorganization*, *adjustment of debts of a family farmer or fisherman with regular annual income* e *adjustment of debts of a Municipality* (previstos, respectivamente, nos Capítulos 7, 13, 11, 12 e 9 do *Bankruptcy Code*).

buscando a instauração do procedimento. Note-se que o devedor não precisa alegar insolvência ou incapacidade de cumprir com suas obrigações para apresentar um requerimento voluntário.⁴² Por outro lado, em alguns casos o(s) credor(es) pode(m) pedir a reorganização. Trata-se da *involuntary petition*, normalmente oferecida devido ao receio quanto à honestidade do devedor ou devido à existência de dúvida em relação à sua capacidade para lidar com os negócios.⁴³ Buscando evitar casos desnecessários e injustos, o *Bankruptcy Code* tem um dispositivo especial relativo a danos causados por credores que iniciam um processo por má-fé.⁴⁴

Estudo⁴⁵ realizado pouco tempo depois da entrada em vigor do *Bankruptcy Code* demonstrou que pouquíssimos casos de reorganização analisados principiam mediante a requisição dos credores,⁴⁶ mas que a grande maioria dos casos foi iniciada pelo próprio devedor, direta ou in-

42. Cf. Karen Gross, *Failure and Forgiveness – Rebalancing the Bankruptcy System*, New Haven, Yale University Press, 1997, p. 37.

43. Os requisitos para a apresentação de uma *involuntary petition* são os seguintes: “U.S.C. Title 11. § 303 (b) An involuntary case against a person is commenced by the filing with the bankruptcy court of a petition under Chapter 7 or 11 of this title (1) by three or more entities, each of which is either a holder of a claim against such person that is not contingent as to liability or the subject of a *bona fide* dispute, or an indenture trustee representing such a holder, if such claims aggregate at least \$10,000 more than the value of any lien on property of the debtor securing such claims held by the holders of such claims; (2) if there are fewer than 12 such holders, excluding any employee or insider of such person and any transferee of a transfer that is voidable under Section 544, 545, 547, 548, 549, or 724 (a) of this title, by one or more of such holders that hold in the aggregate at least \$10,000 of such claims; (3) if such person is a partnership (A) by fewer than all of the general partners in such partnership; or (B) if relief has been ordered under this title with respect to all of the general partners in such partnership, by a general partner in such partnership, the trustee of such a general partner, or a holder of a claim against such partnership; or (4) by a foreign representative of the estate in a foreign proceeding concerning such person”.

44. Cf. Karen Gross, *Failure and Forgiveness – Rebalancing the Bankruptcy System*, cit., p. 39.

45. Cf. L. M. LoPucki, “The debtor in full control – Systems failure under Chapter 11 of the Bankruptcy Code? First installment”, *American Bankruptcy Law Journal* 57 (1983), pp. 114-115.

46. De acordo com dados atualizados até fevereiro/2008, a porcentagem dos casos voluntários em um amplo universo de reorganizações de grandes empresas era de 94,1% (cf. Lynn M. LoPucki, *Lynn M. LoPucki’s Bankruptcy Research Database*, disponível in http://lopucki.law.ucla.edu/bankruptcy_research.asp, acesso em 25.2.2008).

diretamente, em decorrência de pressões exercidas pelos credores. Raras foram as situações em que o devedor decidiu solicitar sua reorganização por motivos diferentes do medo de uma possível quebra ocasionada pelos detentores de créditos.⁴⁷ Por esse motivo, acredita-se que, muito embora esses casos sejam denominados *voluntários*, na realidade não se trata de pedidos elaborados de forma absolutamente livre.

Um dos motivos para a diminuta porcentagem de pedidos formulados pelos credores é apontado como a preferência, por parte dos credores, pelas soluções negociadas.⁴⁸ Afirma-se, ainda, que a forte posição dos acionistas e administradores nos procedimentos reorganizatórios é determinante para o desestímulo aos pedidos formulados por credores.⁴⁹ Da mesma forma, há quem⁵⁰ acredite que o pequeno número de pedidos involuntários seja decorrência das barreiras existentes à sua formulação, as quais desencorajam muitos credores a peticionarem pelo início do concurso.⁵¹ Acredita-se que os custos necessários à formulação do pedido e a falta de informação de que padecem diversos credores impedem o acesso ao Judiciário. Nessas situações, credores pequenos e desinformados tornam-se dependentes de outras partes, que muitas vezes encontram mais lucros na ausência do concurso e, por esse motivo, não estão inclinadas a solicitar a reorganização do devedor.

Não se pode deixar de notar que essa mesma crítica – e de forma mais acentuada – pode ser tecida em face do direito concursal brasileiro. Como visto, a Lei de Recuperação e Falência apenas legitimou o próprio devedor a requerer sua recuperação judicial, impossibilitando que credores e demais interessados assim procedessem. Isso demonstra que a censura à opção legislativa nem mesmo diz respeito aos casos em que

47. No mesmo sentido, v. Susan Block-Lieb, “Why creditors file so few involuntary petitions and why the number is not too small”, *Brooklyn Law Review* 57 (1991), p. 804.

48. Cf. Susan Block-Lieb, “Why creditors file so few involuntary petitions and why the number is not too small”, cit., *Brooklyn Law Review* 57 (1991), pp. 805-806.

49. Cf. Horst Eidenmüller, “Trading in times of crisis: formal insolvency proceedings, workouts and the incentives for shareholders/managers”, *European Business Organization Law Review* 7 (2006), p. 246 (disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=963337, acesso em 27.2.2008).

50. Cf. Elizabeth Warren, “Bankruptcy policy”, *University of Chicago Law Review* 54 (1987), p. 794.

51. Note-se que a crítica não diz respeito a regras aplicáveis apenas ao início de procedimentos reorganizatórios, mas também a casos de falência.

detentores de créditos de pouco valor estejam impossibilitados de agir em prol da recuperação, mas ao próprio fato de que nenhum interessado distinto do devedor pode solicitar a abertura do processo.⁵²

No mesmo sentido, podem ser encontradas desaprovações a sistemas baseados na iniciativa à instauração da recuperação atribuída somente a agentes privados.⁵³ Elizabeth Warren⁵⁴ acredita que essas escolhas presumem que as informações são amplas e que os custos de transação são suficientemente pequenos, de forma a permitir escolhas racionais pelos agentes envolvidos. Contudo, a autora pondera que, uma vez que se sabe que tais premissas não são verdadeiras, percebe-se que um sistema assim estruturado não opera de forma eficaz e não consegue atingir seus objetivos de distribuição.

A autorização para que o procedimento seja instaurado de ofício ou mediante solicitação de agentes não relacionados diretamente à questão abrange ainda o reconhecimento de que a crise da empresa não deve ser resolvida apenas em razão da satisfação dos credores, mas tendo em vista o envolvimento sempre crescente de diferentes sujeitos afetados pelas dificuldades do devedor.⁵⁵

52. Nesse mesmo sentido, Alberto Jorio defende que um moderno sistema concursal que objetiva a recuperação empresarial não pode restringir a iniciativa ao pedido de abertura do procedimento, que deve estar disponível a qualquer interessado. Afirma-se que a apreciação da possibilidade de solução à crise não pode ser submetida à iniciativa exclusiva do devedor, mas deve constituir um objetivo de todas as partes envolvidas, pois a salvação da empresa é considerada um bem comum a todos (“Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi”, *Giurisprudenza Commerciale* 1 (1994), p. 553).

53. O pedido de instauração do processo formulado por um ente público é mencionado entre os *Princípios das Leis Europeias de Insolvência*, pois é considerado instrumento de uso potencialmente amplo no futuro pelas leis europeias (William W. McBryde, Axel Flessner e Sebastian C. J. J. Kortmann (orgs.), *Principles of European Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2003, p. 26).

54. Elizabeth Warren, “Bankruptcy policy”, cit., *University of Chicago Law Review* 54 (1987), p. 795.

55. Nesse sentido, confira-se o posicionamento de Lino Guglielmucci: “L’attribuzione dell’autorità giudiziaria del potere di dichiarare d’ufficio il fallimento – o di aprire d’ufficio la procedura concorsuale, com’è preveduto nell’ordinamento francese dall’art. 4, 2º co., Legge 85/1998 – relega, infatti, in secondo piano la funzione di soddisfacimento dei creditori ed esalta, per conto, quella di regolazione dell’insolvenza (dell’impresa), onde evitare che la prosecuzione incontrollata di un’attività economica di rilievo non trascurabile determini un aggravamento del dissesto ed il coinvolgimento di un numero sempre crescente di soggetti” (*La Legge Tedesca Sull’insolvenza (Insolvenzordnung) del 5 Ottobre 1994*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 7). Contra a participação de entes públicos na instauração de processos

Todas essas considerações levam à conclusão de que pouquíssimos interessados podem invocar a instauração de mecanismos de recuperação.⁵⁶ No caso brasileiro, apenas o devedor. Na situação norte-americana, o devedor e seus credores – sendo que quanto aos últimos são destacados os empecilhos acima mencionados.

Sobre o tema, um quadro insatisfatório também pode ser encontrado no Direito Germânico. Consoante a *Insolvenzordnung/InsO*, lei alemã que regula casos de dificuldades econômico-financeiras, o processo de insolvência pode ser iniciado mediante a requisição de um membro do órgão de representação da sociedade anônima⁵⁷ ou de um credor.⁵⁸

de insolvência, v. Klaus J. Hopt, “Das Unternehmen in der Krise: Probleme der Insolvenzvermeidung aus rechtsvergleichender Sicht”, in Rolf Birk e Karl Kreuzer (orgs.), *Das Unternehmen in der Krise, Probleme der Insolvenzvermeidung aus rechtsvergleichender Sicht: Verhandlungen der Vereinigten Fachgruppen für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht und für vergleichendes Arbeits- und Sozialrecht anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Göttingen vom 18-20.9.1985*, Frankfurt am Main, Alfred Metzner, 1986, p. 53.

56. Essa realidade foi constatada também por Axel Flessner, autor que sugere que o pedido possa ser formulado por não credores que tenham interesse no saneamento da empresa (para a legitimação o autor desenvolve critérios como o relacionamento duradouro com a empresa). Nesses casos o pedido apenas valeria para a instauração de um procedimento reorganizativo, não sendo suficiente para dar início a um processo de liquidação (*Sanierung und Reorganisation: Insolvenzverfahren für Großunternehmen in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Untersuchung*, Tübingen, Mohr, 1982, pp. 234-238).

57. Se a ação for ajuizada sem o consentimento de todos os membros do órgão de representação da companhia, o juiz deve ouvir os demais participantes do órgão. V. § 15(2) da *InsO* e comentários de: Dora Berger, *A Insolvência no Brasil e na Alemanha*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 76; e H. Hefermehl, in Klaus Wimmer, Jörg Dauernheim, Martin Wagner e Sabine-Sofie Weidekind (orgs.), *Handbuch des Fachanwalts Insolvenzrecht*, 3ª ed., Köln, Luchterhand, 2008, p. 9, RdNr. 28-29. Sobre o tema, confira-se o seguinte trecho de Ulrich Keller: “Das Insolvenzgericht hat nach § 15 Absatz 2, Satz 2 InsO die übrigen Organe oder Gesellschaftler zu dem Insolvenzantrag zu hören. Diese können den Insolvenzgründung zugestehen und sich dem Insolvenzantrag anschließen oder den Insolvenzgrund bestreiten” (*Insolvenzrecht*, München, Franz Vahlen, 2006, p. 181).

58. Nesse caso, “gläubiger muss glaubhaft machen, dass er eine Forderung gegen den Schuldner hat, und der Schuldner zahlungsunfähig oder gegebenenfalls überschuldet ist” (Ulrich Keller, *Insolvenzrecht*, cit., p. 176, § 492). Há na doutrina posicionamentos favoráveis à ampliação do direito dos credores de solicitar a abertura do processo (cf. Heribert Hirte, “Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht – Zuständigkeitsabgrenzung, Kapitalmarktrecht, Insolvenzantragspflicht”, in Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, *Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2006: Jahrestagung*

No que se refere ao pedido apresentado pelo devedor, percebe-se que a solução adotada pelo sistema alemão se encontra mais alinhada com a ideia de representação, no interior da sociedade, de variados interesses. De fato, naquele ordenamento o órgão de representação da companhia (*Vorstand*)⁵⁹ é escolhido pelo *Aufsichtsrat*, o qual é formado por relativa representação paritária entre trabalhadores e acionistas⁶⁰ nas empresas que contam com mais de 2.000 empregados. Isso significa que, nesse caso, o pedido do devedor deve contar com a aceitação dos representantes da companhia eleitos por órgão representativo de interesses diversificados.

Quanto ao pedido do credor, contudo, cabe esclarecer que ele não será necessariamente voltado à recuperação do devedor. Como visto, o procedimento concursal alemão é unitário, o que significa dizer que existe apenas um procedimento de insolvência, e não – como no direito brasileiro – diferentes procedimentos, conforme se trate de mecanismo destinado ao soerguimento ou à quebra da empresa. Na Alemanha inicia-se um processo de insolvência, o qual pode caminhar para a liquidação, o saneamento ou a transferência da empresa para terceiros. Assim, dizer que o credor tem legitimidade ativa não significa dizer que ele possa solicitar a abertura de um procedimento de recuperação ou de liquidação, mas de um processo que pode caminhar para qualquer uma das soluções.

Ocorre que o credor pode basear seu pedido na inadimplência, pressuposto geral para a abertura do processo e caracterizada pela lei como falta de condições para saldar obrigações vencidas (§ 17), ou na própria insolvência, caracterizada nos casos em que o patrimônio do devedor não supera o passivo (§ 19). O devedor, por seu turno, além dessas hipóteses, também pode requisitar a instauração nos casos de risco de inadimplência,⁶¹ isto é, quando se faz possível prever que não será capaz

der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung, Köln, Otto Schmidt, 2007, p. 187 – com indicação de doutrina no mesmo sentido).

59. V. § 92, *Absatz 2*, da *Aktiengesetz*, sobre o dever do *Vorstand* de apresentar o pedido: “(2) Wird die Gesellschaft zahlungsunfähig, so hat der Vorstand ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Dies gilt sinngemäß, wenn sich eine Überschuldung der Gesellschaft ergibt”.

60. Sobre o tema, v. a *Mitbestimmungsgesetz*, lei alemã que trata da cogestão, e o item 3.2.1.1, acima.

61. Trata-se da denominada *drohende Zahlungsunfähigkeit* (§ 18 da *InsO*) (sobre o tema, v. Harald Hess, *Sanierungshandbuch*, 4ª ed., Köln, Luchterhand, 2009, pp. 630-634). O mesmo ocorre no sistema concursal espanhol. Os doutri-

de adimplir no vencimento as obrigações existentes.⁶² Isso significa que ao credor não foi concedida tão ampla participação como se poderia imaginar à primeira vista. Na verdade, não pode ele, ao primeiro sinal de que o devedor pode se tornar inadimplente, buscar a solução judicial consistente na reorganização da empresa. Nesses casos – e somente nesses – o credor e outros interessados precisam aguardar a atuação do devedor.⁶³ Note-se, todavia, que esse quadro condiz com a estrutura do sistema concursal alemão – e, como se verá, também com o português, onde o mesmo acontece.

De acordo com o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas de Portugal (arts. 18^o, 19^o e 20^o), devedores, credores e o Ministério Público constituem os legitimados. Dentre os motivos que autorizam o pedido encontram-se “(a) suspensão generalizada do pagamento das obrigações vencidas, (b) falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações, (c) fuga do titular da empresa ou dos administradores do devedor ou abandono do local em que a empresa tem a sede ou exerce a sua principal actividade, relacionados com a falta de solvabilidade do devedor e sem designação de substituto idóneo, e (d) dissipação, abandono, liquidação apressada ou ruínosa de bens e

nadores espanhóis justificam essa diferença de tratamento com base na alegação de que o pedido de abertura de processo de insolvência por parte do credor com base na crise iminente violaria a garantia constitucional da liberdade de empresa, assegurada pelo art. 38 da Constituição espanhola. Sobre o tema, v.: María Isabel Álvarez Vega, “Soluciones concursales y paraconcurales a la crisis de empresa. La función conservativa del curso de acreedores en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal”, *Revista de Derecho Privado* setembro-outubro/2004, p. 590; e Enrique Gadea Soler, “Reforma concursal y medidas introducidas por el legislador para conseguir un sistema eficiente”, *Revista Estudios de Deusto* 54(1) (2006), p. 45, Segunda Época).

62. Sobre o tema, Eckart Ehlers afirma que essa possibilidade legal foi prevista para ajudar os devedores a iniciar o procedimento o mais cedo possível, mas ela não recebeu ampla aceitação no cenário alemão (“Statutory corporate rescue proceedings in Germany: the *Insolvenzplan* procedure”, in Katarzyna Gromek Broc, e Rebecca Parry (orgs.), *Corporate Rescue: an Overview of Recent Developments*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, p. 173).

63. Acerca da abertura do processo de insolvência, Wilhelm Uhlenbruck pondera que os motivos para tanto devem ser pensados de forma a harmonizar os interesses da empresa e dos credores (in Peter Gottwald (org.), *Insolvenzrechtshandbuch*, 3^a ed., München, Beck, 2006, p. 124, § 6, RdNr. 3).

constituição fictícia de créditos” (art. 20º). Nesses casos a atuação do Ministério Público deve ser na defesa de entidades cujos interesses lhe tenham sido legalmente confiados. Trata-se, portanto, de elogiável proteção ao interesse público.⁶⁴

Assim como no ordenamento alemão, atribui-se ao devedor, ainda, uma hipótese de legitimidade exclusiva, qual seja: a de insolvência iminente.⁶⁵

De fato, a *InsO* e a lei concursal portuguesa, ao contrário da Lei de Recuperação e Falência, não elegem a recuperação da empresa como finalidade primordial. O § 1 da *InsO* relata que o processo de insolvência é destinado a satisfazer os credores por meio da realização do patrimônio do devedor ou da forma predisposta em um plano de insolvência, em particular pela conservação da empresa. O mesmo ocorre – como visto no Capítulo 2, acima – com o diploma português. Percebe-se, portanto, que o objetivo das leis germânica⁶⁶ e portuguesa é o pagamento dos credores, podendo-se, para tanto, fazer-se uso de diferentes meios.⁶⁷ Ora, um sistema que não privilegia o soerguimento da empresa não erra ao restringir os legitimados ativos nos casos em que a própria insolvência ainda não foi constatada e as chances de reorganização se apresentam mais extensas.

O mesmo, todavia, não se pode dizer do ordenamento brasileiro. Tendo o legislador de 2005 elegido a recuperação como primeira opção à solução da crise da empresa viável, de todo coerente seria buscar a

64. A previsão de legitimidade do Ministério Público é aqui considerada merecedora de louvor tendo em vista que, conforme esclarecido no item 3.3.2.5, supra, cabe ao direito concursal exercer uma função de interesse público relacionada à preservação da empresa viável – função, esta, que parece ser promovida ao se permitir ampla participação de tal órgão quando do início do procedimento. A mesma solução, como visto, não foi adotada pela legislação brasileira, e sua defesa só poderia ocorrer mediante uma interpretação *de lege ferenda*.

65. Sobre o tema, Catarina Serra elogia a escolha do legislador português, que teria reconhecido (i) que apenas o devedor pode perceber um caso de insolvência iminente e (ii) os perigos de se permitir a iniciativa dos credores nessas situações, pois pedidos injustificados com base na alegação de situação delicada capaz de causar crise futura poderiam trazer imensos prejuízos a uma empresa que não estivesse realmente prestes a se tornar insolvente (*O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*, 2ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2005, p. 17).

66. No que tange à lei alemã, v. Lino Guglielmucci, *La Legge Tedesca Sull'insolvenza (Insolvenzordnung) del 5 Ottobre 1994*, cit., p. 6.

67. Para mais detalhes, v. itens 2.2.2.1 e 2.2.2.3, supra.

mais ampla legitimação para todos aqueles que pudessem identificar uma eventual crise e pretendessem, porque afetados por ela, solucioná-la.

Ainda sobre o assunto, o ordenamento argentino – assim como o brasileiro – estabelece que o procedimento preventivo à quebra (*concurso preventivo*) só pode seguir a vontade do próprio devedor (art. 5º da *Ley de Concursos y Quiebras*). Críticas doutrinárias não faltam a essa escolha, as quais, apoiadas em antecedentes legislativos estrangeiros, apontam que a lei concursal deveria ter previsto a possibilidade de terceiros solicitarem a atuação do tribunal no sentido de investigar os primeiros sintomas de dificuldades e exigir a prestação de informações por parte do devedor, tendo-se em vista a identificação de soluções para a superação dos obstáculos financeiros. Entretanto, nem todos comungam dessa ideia. Há quem acredite que a atribuição de legitimidade apenas ao devedor apresenta-se como o melhor caminho para os casos em que os pressupostos da falência ainda não podem ser identificados.

Nesse sentido, afirma-se que: (i) as soluções estrangeiras que seguiram a legitimidade ampliada não lograram bons resultados; (ii) não é possível nem desejável que se imponha ao devedor uma solução preventiva de acordo com a qual ele permaneça administrando, com restrições, sua empresa e deva cumprir um plano imposto e elaborado por terceiros; (iii) há dúvidas sobre o benefício de se entregar a um tribunal a decisão e a avaliação de questões econômicas extremamente complexas como a oportunidade e o mérito dos planos de saneamento ou da estratégia empresarial; (iv) o fácil acesso à denúncia de situações que podem significar crise ou dificuldades e à intervenção do tribunal para colocar a empresa em observação pode resultar em grave ameaça para a situação da empresa no mercado e seu acesso a crédito.⁶⁸ Assim, empresas atravessando dificuldades não generalizadas poderiam ser extremamente prejudicadas pela atuação de terceiros.

Impossível negar que a ampliação dos legitimados pode acarretar malefícios, tais quais os indicados acima. Ocorre que a solução encontrada pelas leis brasileira e argentina também permite resultados indesejados. A permanência de uma empresa no mercado até a situação-limite que a impeça de se recuperar em decorrência da falta de atuação de um devedor negligente constitui prejuízo considerável, o qual, no mais,

68. Cf. Julio C. Rivera, Horacio Roitman e Daniel R. Vitolo, *Ley de Concursos y Quiebras*, 3ª ed., t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 233-235.

não afeta apenas o próprio devedor, que deverá enfrentar ao menos um procedimento liquidatário, como também outros interessados, que poderiam estar resguardados caso um pedido de recuperação tivesse sido apresentado aos primeiros sinais de dificuldade.

A restrição de legitimados ativos faz lembrar a época em que a legislação previa a possibilidade de se dar ao devedor um “favor legal”, o qual, devido à sua caracterização como benefício a uma das partes, deveria ser postulado pelo próprio beneficiário. Referência está sendo feita à concordata, instituto extinto do ordenamento brasileiro e que em muito difere da vigente recuperação judicial.

De fato, como visto no Capítulo 1, quando da análise da evolução histórica das legislações concursais, o ordenamento jurídico brasileiro atualmente afasta-se da visão de que o concurso afeta apenas credores e devedores, e, com isso, deixa de lado as preocupações restritas apenas a esses agentes. Da mesma forma, afasta-se a legislação pátria da crença de que a manutenção das atividades do devedor constitui uma regalia a ser autorizada ao devedor, aproximando-se da percepção de que se trata de uma vantagem a todos os afetados pela crise.

Em face dessa nova perspectiva, caracteriza-se, no mínimo, como incoerente um diploma que reconhece um instituto como relevante para inúmeras partes mas legitima apenas uma delas a buscar seu exercício.⁶⁹

Note-se que os *Principles and Guidelines* do Banco Mundial,⁷⁰ mesmo em sua versão revisada e acrescentada pelo posicionamento da *United Nations Commission on International Trade Law/UNCITRAL* acerca do assunto, reiteram a relevância de os procedimentos concursais

69. Em apoio ao posicionamento aqui apresentado, confira-se o esclarecedor posicionamento de Agostino Gambino: “La procedura, nella funzione che concretamente realizza, non si presenta come un beneficio da concedere a un imprenditore incolpevole e sfortunato. La condizione dell’esistenza di requisiti soggettivi appare estranea alle finalità che il procedimento attualmente persegue e che atengono ad altri interessi, rispetto ai quali la preesistente condotta o la meritevolezza dell’imprenditore appare del tutto indifferente. Al contrario, se per salvare l’azienda è necessario attendere che si realizzino le condizioni esterne per il suo ricupero o per la sua cessione, la procedura dovrebbe essere iniziata anche su sollecitazione o istanza di qualsiasi interessato o del p. m. e non dovrebbe essere lasciata alla sola iniziativa dell’imprenditore” (“Sull’uso alternativo della procedura di amministrazione controllata”, *Giurisprudenza Commerciale* I (1979), p. 243).

70. The World Bank, “A reforma da legislação falimentar – *Principles and Guidelines Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Right Systems*”, RDM 122/75-167, São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

poderem ser iniciados não apenas pelo próprio devedor. O documento intitulado *Creditor Rights and Insolvency Standard*,⁷¹ elaborado pelos mencionados órgãos, recomenda que as leis nacionais permitam o acesso aos remédios legais tanto a devedores quanto a credores.⁷²

Parece importante ressaltar que a previsão de uma legitimidade ativa mais ampla não se restringe apenas à autorização para que credores busquem a abertura do concurso. Tanto ordenamentos jurídicos como o português – caracterizado, como visto, pelos propósitos de satisfação dos credores – quanto o francês – com desígnios de recuperação – englobam outros entes dentre os legitimados para a proposição do procedimento.

A regulação da matéria no sistema português foi apresentada acima. No que tange ao *Code de Commerce* francês, estabelece-se, com relação ao *redressement judiciaire*, que o processo pode ser iniciado a pedido do devedor,⁷³ de ofício pelo juiz ou mediante a solicitação do Ministério Público ou de credores.⁷⁴ Trata-se, portanto, de sistema aberto à parti-

71. World Bank/United Nations Commission on International Trade Law, *Creditor Rights and Insolvency Standard*, 2005 (disponível em http://www.worldbank.org/ifa/rosc_icr.html, acesso em 27.2.2008). Embora muitas passagens do referido documento apontem para a adoção de regras de eficiência e visem à proteção aos interesses dos credores, algumas das sugestões ali contidas podem ser utilizadas com a finalidade de demonstrar a possibilidade de novas visões sobre determinados aspectos do procedimento, sempre com o intuito de ampliar o rol dos interesses protegidos pelo mecanismo de recuperação judicial no Brasil. Esse é o caso das regras sobre a formulação do pedido de recuperação.

72. As seguintes passagens ilustram o supra-afirmado: “Both debtors and creditors should be entitled to apply for insolvency proceedings” (*World Bank Principles*, C4.1); e “The purpose of provisions on commencement of insolvency proceedings is: (a) To facilitate access for debtors and creditors to the remedies provided by the law; (...). The insolvency law should specify the parties permitted to make an application for commencement of insolvency proceedings, which should include the debtor and any of its creditors” (UNCITRAL Recommendations, *Commencement of Proceedings*, Part Two, Chapter 1, par. 20-79).

73. Cf. art. L. 631-4: “L’ouverture de cette procédure doit être demandée par le débiteur au plus tard dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements s’il n’a pas, dans ce délai, demandé l’ouverture d’une procédure de conciliation. En cas d’échec de la procédure de conciliation, lorsqu’il ressort du rapport du conciliateur que le débiteur est en cessation des paiements, le tribunal, d’office, se saisit afin de statuer sur l’ouverture d’une procédure de redressement judiciaire”.

74. Cf. art. L. 631-5: “Lorsqu’il n’y a pas de procédure de conciliation en Cours, le tribunal peut également se saisir d’office ou être saisi sur requête du Ministère Public aux fins d’ouverture de la procédure de redressement judiciaire. Sous cette même réserve, la procédure peut aussi être ouverte sur l’assignation d’un créancier, quelle que soit la nature de sa créance. Toutefois, lorsque le débiteur a cessé

cipação de diferentes agentes que, ao notarem dificuldades enfrentadas por determinada sociedade, são bem-vindos na busca pela reestruturação do devedor.⁷⁵

4.1.1.1.2 Os legitimados para a apresentação do plano de recuperação

Ultrapassadas as discussões acerca do pedido de recuperação, cumpre tratar de um outro relevante tema, que se refere à legitimidade para a elaboração e propositura do plano de recuperação.

No Direito Brasileiro, conforme acima detalhado, essa função foi atribuída com exclusividade ao devedor. O mesmo, contudo, não ocorre em diversos outros sistemas concursais.

Importante mencionar que Rachel Sztajn⁷⁶ acredita que sob a lei brasileira um credor ou um terceiro pode propor plano de recuperação que satisfaça os interesses do devedor e dos credores. Defende-se, ainda, a possibilidade de o credor propor ajustes ao plano apresentado pelo devedor. A opinião segundo a qual credores são partes legitimadas para a propositura de mudanças no plano parece completamente favorável ao alcance de uma solução agradável a um maior número de participantes e consoante ao art. 56, § 3º, da Lei de Recuperação e Falência. Cuida-se, inclusive, de mecanismo em prática em recuperações já ocorridas.⁷⁷

son activité professionnelle, cette assignation doit intervenir dans le délai d'un an à compter de: 1º) La radiation du Registre du Commerce et des sociétés. S'il s'agit d'une personne morale, le délai court à compter de la radiation consécutive à la publication de la clôture des opérations de liquidation; 2º) La cessation de l'activité, s'il s'agit d'une personne immatriculée au répertoire des métiers, d'un agriculteur ou d'une personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé; 3º) La publication de l'achèvement de la liquidation, s'il s'agit d'une personne morale non soumise à l'immatriculation”.

75. Note-se, todavia, que os procedimentos amigáveis do *mandat “ad hoc”* e da *conciliation*, e mesmo do *procédure de sauvegarde*, só podem ser requisitados pelo próprio devedor (v. *Code de Commerce*, L. 611-3, L. 611-6 e L. 620-1).

76. Rachel Sztajn, “Notas sobre as assembleias de credores na Lei de Recuperação de Empresas”, cit., *RDM* 138/63: “(...) eventualmente algum deles [credores] terá proposta mais eficiente – a custo menor e de forma menos onerosa – para chegar a resultado equivalente, e, por isso, poderá propor projeto de reorganização do negócio diferente, ou sugerir ajustes ao projeto do devedor, o que interessa a todos. Terceiro, não credor, também pode propor plano de reorganização que satisfaça interesses dos credores e do devedor”.

77. Dentre outros, v. a recuperação judicial da Eucatex S/A Indústria e Comércio (3ª Vara de Salto/SP, Processo 526.01.2005.007220-1, j. 20.11.2006), caso

No Direito estrangeiro, o procedimento regulado pelo *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*, por exemplo, permite que o *reorganization plan* seja apresentado pelo devedor ou por credores. Há, entretanto, um período de exclusividade de 120 dias no qual apenas o devedor é legitimado para a apresentação do plano. Referido prazo pode ser prorrogado pelo magistrado por, no máximo, 18 meses. O devedor também deve observar o prazo de 180 dias, prorrogável apenas por 20 meses, para obter aceitações dos credores ao plano oferecido.⁷⁸ Caso sua função não seja cumprida no lapso temporal estabelecido, permite-se que qualquer parte interessada⁷⁹ prepare um plano de reorganização e o exhiba, para apreciação dos demais interessados.

A estipulação de um período de exclusividade favorável ao devedor justifica-se por diferentes razões. Ao garantir que a própria empresa poderá, com prioridade, organizar o documento que disporá sobre suas obrigações, o período funciona como um estímulo para que o pedido de reorganização seja apresentado antes que a crise alcance estágio em que a reabilitação não mais se apresente possível.⁸⁰ Ademais, acredita-se que o período de exclusividade seja uma tentativa positiva de atribuir ao devedor paridade de barganha com os credores para a negociação de um plano consensual.⁸¹

em que diversos credores apresentaram ajustes ao plano proposto pelo devedor. No caso em tela, a sentença relata que houve ampla discussão entre devedor e credores, chegando-se a uma solução intermediária.

78. Importante ressaltar que essas limitações à prorrogação dos prazos de exclusividade e de obtenção de aceitações constituem novidade inserida pela reforma do direito concursal americano de 2005, implementada pelo já citado *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act/BAPCPA*. Harvey R. Miller e Shai Y. Waisman acreditam que a fixação de obstáculo à extensão do prazo fortifica a posição dos credores e lhes dá a opção de resistir à aceitação do plano proposto pelo devedor e esperar o fim do período de exclusividade para apresentarem um plano próprio. Assim, a cumulação da legitimidade para propor o plano do devedor e do credor juntamente com a impossibilidade de se prorrogar o prazo indefinidamente resultaria no desestímulo à cooperação entre as partes envolvidas (“Is Chapter 11 bankrupt?”, *Boston College Law Review* 47 (2005), p. 166).

79. Ao tratar das partes interessadas, o *Bankruptcy Code* afirma que “any party in interest, including the debtor, the trustee, a creditors’ committee, an equity security holders’ committee, a creditor, an equity security holder, or any indenture trustee, may file a plan if and only if”(§ 1.121(c)).

80. Cf. Harvey R. Miller e Shai Y. Waisman, “Is Chapter 11 bankrupt?”, cit., *Boston College Law Review* 47 (2005), pp. 143-144.

81. Cf. Harvey R. Miller, “The changing face of Chapter 11: a reemergence of the bankruptcy judge as producer, director and sometimes star of the reorganization passion play”, *American Bankruptcy Law Journal* 69 (1995), p. 443.

Alega-se, ainda, que os períodos de exclusividade permitem que os credores, que muitas vezes se sentem traídos pelo pedido de reorganização formulado pelo devedor, reflitam sobre o assunto e identifiquem ser a recuperação uma boa saída para a empresa em crise. Assim, ao invés de, na falta da exclusividade do devedor, formularem planos tendentes à liquidação dos ativos arrecadados, os credores poderão ser convencidos de que o soerguimento do devedor vai ao encontro dos seus interesses. Da mesma forma, os períodos atribuem ao devedor importante margem de negociação.⁸²

Interessante notar que a opção legislativa pelo período de exclusividade concedido ao devedor decorreu da revisão de experiências anteriores que não se mostraram satisfatórias. O *Chapter XI* do *Bankruptcy Act*, revogado pelo atual *Bankruptcy Code* norte-americano, dispunha de forma parecida à que se encontra na atual recuperação judicial brasileira. Por um lado, o devedor era o único legitimado a propor o plano; por outro, os credores poderiam rejeitar a proposta do devedor e acarretar uma possível liquidação dos ativos, mas não poderiam aprovar um plano sem o consentimento do devedor.⁸³ Esse quadro forçava os credores a aceitar a oferta do devedor ou a suportar as perdas decorrentes da realização dos ativos sem a manutenção do *going concern value* da empresa. Outra solução, adotada pelo *Chapter X* do *Bankruptcy Act*, tratava igualmente todas as partes interessadas, concedendo a elas o direito de submeter um plano à apreciação geral. Essa medida, entretanto, retirava do devedor o direito de controlar a direção da reorganização e fazia com que ele evitasse pedidos de abertura do concurso e arrastasse a empresa a situações calamitosas, capazes de impedir seu soerguimento. Em face dessas duas alternativas precárias, o legislador estadunidense, ao elaborar o *Bankruptcy Code*, escolheu uma via intermediária, e atribuiu ao devedor o direito de exclusividade para apresentar o plano em determinado período,⁸⁴ ultrapassado o qual abre-se a via para outros interessados.

82. Cf. Mark S. Scarberry, Kenneth N. Klee, Grant W. Newton e Steve H. Nickles, *Business Reorganization in Bankruptcy – Cases and Materials*, 2ª ed., St. Paul, West Group, 2001, p. 605.

83. V. item 4.1.2, abaixo, com comentários acerca da aprovação do plano de recuperação.

84. Cf. Mark S. Scarberry, Kenneth N. Klee, Grant W. Newton e Steve H. Nickles, *Business Reorganization in Bankruptcy – Cases and Materials*, cit., 2ª ed., p. 604.

O período de exclusividade também foi adotado pela Argentina, País com larga experiência no direito da empresa em crise.⁸⁵ O art. 43⁸⁶ da *Ley de Concursos y Quiebras* dispõe que o devedor deve gozar de um período de 90 dias, prorrogável por mais 30, em que apenas ele terá legitimidade para formular propostas de *acuerdo preventivo*. Note-se que durante esse prazo o devedor não deverá somente elaborar um plano, mas também obter a concordância da maioria dos credores, necessária para sua aprovação.

Ocorre que no sistema argentino, diferentemente do que se verifica no *Chapter 11*, uma vez esgotado o período de exclusividade não se permite que qualquer pessoa apresente uma proposta de plano concorrente. Na realidade, no caso de sociedades por ações, após o vencimento do prazo em questão o juiz deverá permitir que, no período de cinco dias, credores ou terceiros interessados na aquisição das ações representativas do capital social do devedor manifestem a intenção de formular propostas de acordo preventivo.

Se não houver interessados, declara-se a quebra. Havendo interesse na aquisição das ações, os interessados fruem de um prazo de 20 dias para apresentar um plano e obter as maiorias necessárias à sua aceitação. Durante esse período permite-se que o devedor tente novamente angariar a aprovação do seu plano inicial ou de um outro posteriormente desenvolvido (art. 48, 4). O primeiro que demonstrar ter logrado o consentimento dos credores obtém a homologação pelo juízo da sua proposta de plano. Caso esse agente tenha sido um credor ou alguma outra pessoa, seguem-se os trâmites legais necessários para a aquisição das parcelas representativas do capital social. Se não houver adesão a qualquer das propostas oferecidas, a quebra é declarada.

85. A lei concursal argentina atualmente em vigor, *Ley 24.522*, sancionada em 20.7.1995, denominada *Ley de Concursos y Quiebras*, foi aprovada há 15 anos e foi responsável pela revogação de outra lei que buscava tratar da crise empresarial tendo em vista a preservação da empresa. Trata-se da *Ley 19.551*, que, apesar de ter sido bastante elogiada, foi considerada obsoleta em face das novas características da economia argentina. Nesse sentido, v. Julio C. Rivera, Horacio Roitman e Daniel R. Vítolo, *Ley de Concursos y Quiebras*, cit., 3ª ed., t. 1, p. 7.

86. “Art. 43. *Período de exclusividad. Propuestas de acuerdo*. Dentro de los 90 (noventa) días desde que quede notificada por ministerio de la ley la resolución prevista en el artículo anterior, o dentro del mayor plazo que el juez determine en función al número de acreedores o categorías, el que no podrá exceder los 30 (treinta) días del plazo ordinario, el deudor gozará de un período de exclusividad para formular propuestas de acuerdo preventivo por categorías a sus acreedores y obtener de éstos la conformidad según el régimen previsto en el art. 45.”

Na Alemanha o processo de insolvência pode resultar na liquidação dos ativos ou na recuperação do devedor, a qual só pode ser obtida mediante a aprovação de um plano de insolvência.⁸⁷ Referido plano pode ser apresentado em juízo pelo devedor ou pelo administrador da insolvência, o qual pode ser encarregado de dispor sobre o plano, caso a assembleia de credores assim deseje.⁸⁸ Nesse caso, os credores devem indicar a finalidade do plano a ser elaborado (§§ 157 e 218, 2). Estando o administrador incumbido da elaboração do projeto, a comissão de credores, quando constituída, o conselho da empresa, a comissão de representantes dos empregados dirigentes e o devedor deverão colaborar, de forma consultiva, para a formulação do plano.⁸⁹

Também em Portugal admite-se que um rol maior de interessados formule um plano de insolvência. Nos termos do art. 193º, são legitimados o devedor, o administrador da insolvência e qualquer credor ou grupo de credores cujos créditos representem pelo menos um quinto do

87. Cabe lembrar que o *Insolvenzplan* pode regular tanto a liquidação do devedor quanto o seu saneamento. O ordenamento alemão, ao contrário do brasileiro, não prioriza uma das soluções. Confira-se o ensinamento de Ulrich Keller: “Zwischen diesen stark vereinfachten Regelungsmöglichkeiten im Insolvenzplan gibt es keine gesetzlich vorgeschriebene Priorität, Liquidation und Sanierung stehen im Gleichrang” (*Insolvenzrecht*, cit., p. 615).

88. Cf.: Friedrich Neumann, *Die Gläubigerautonomie in einem künftigen Insolvenzverfahren*. Bielefeld, Ernst und Werner Gieseking, 1995, p. 229; e Harald Hess, *Sanierungshandbuch*, cit., 4ª ed., pp. 1.096-1.098.

89. V. o § 218 da *InsO*: “§ 218. Vorlage des Insolvenzplans (1) Zur Vorlage eines Insolvenzplans an das Insolvenzgericht sind der Insolvenzverwalter und der Schuldner berechtigt. Die Vorlage durch den Schuldner kann mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbunden werden. Ein Plan, der erst nach dem Schlußtermin beim Gericht eingeht, wird nicht berücksichtigt. (2) Hat die Gläubigerversammlung den Verwalter beauftragt, einen Insolvenzplan auszuarbeiten, so hat der Verwalter den Plan binnen angemessener Frist dem Gericht vorzulegen. (3) Bei der Aufstellung des Plans durch den Verwalter wirken der Gläubigerausschuß, wenn ein solcher bestellt ist, der Betriebsrat, der Sprecherausschuß der leitenden Angestellten und der Schuldner beratend mit”. Acerca da apresentação do plano e da concordância quanto aos termos do plano por parte do devedor, exigida pela lei alemã como requisito para a homologação de plano apresentado pelo administrador, devem os acionistas do devedor deliberar em assembleia-geral (cf. Heribert Hirte, “Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht – Zuständigkeitsabgrenzung, Kapitalmarktrecht, Insolvenzantragspflicht”, cit., in *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2006: Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung*, p. 161; v. também Rolf Rattunde, “Praxisprobleme bei der Sanierung einer börsennotierten AG”, in *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2006: Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung*, Köln, Otto Schmidt, 2007, p. 201).

total dos créditos não subordinados. Destarte, mediante um critério de graduação dos credores, baseado no valor proporcional dos créditos devidos, permite-se que também os detentores de créditos apresentem uma proposta.

Da mesma forma, o Direito Espanhol permite que o devedor ou credores que, individual ou conjuntamente, possuam mais de um quinto dos créditos constantes da lista definitiva de credores apresentem propostas de *convenio* (art. 113 da *Ley 22/2003*).⁹⁰ No momento da votação, todavia, estabelece-se uma prioridade para a proposta do devedor, a qual deve ser votada em primeiro lugar; e, caso obtenha as maiorias necessárias, deve ser considerada aceita, prejudicando a deliberação dos credores sobre as demais (art. 121).

Por fim, em França a apresentação do plano pelo administrador judicial ou pelo devedor foi adotada para os casos de *redressement judiciaire*. O tema foi objeto de decisão judicial que afirmou essa possibilidade, afastando dúvidas no sentido de que apenas o administrador poderia elaborar o plano nas hipóteses em que ele tivesse sido nomeado.⁹¹ Nos casos de utilização do *procédure de sauvegarde*, o devedor, com a assessoria do administrador, deve apresentar um plano, nos termos do art. L. 626-2 do *Code de Commerce*.

4.1.1.2 *Considerações de cunho processual acerca da legitimidade ativa para a propositura do pedido*

Apresentadas as razões, com base nos direitos material nacional e estrangeiro, para a aceitação da ampliação do rol dos legitimados ativos para a propositura do pedido de recuperação judicial, cabe estudar o tema à luz do direito processual.

No campo do direito processual sabe-se que a legitimidade ativa é um dos dois núcleos da legitimidade *ad causam*, a qual, por seu turno, compõe uma das condições da ação.

As condições da ação dizem respeito a requisitos que precisam estar presentes para comprovar que o processo instaurado é capaz de produzir

90. V. María Isabel González Cano, *El Nuevo Tratamiento Procesal de la Insolvencia y la Fase Común del Proceso Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 489.

91. Cf. Cour de Cassation/Chambre Commerciale, Arrêt 868 F-D, *Juris-Data* 2002-014238, 29.4.2002 (*Revue des Procédures Collectives Civiles et Commerciales* 1/48, 2004).

a solução da crise de direito material e que, por esse motivo, devem estar presentes até sua decisão final.

No entender de Kazuo Watanabe⁹² as condições da ação não são condições para a própria existência da ação, devendo estar presentes para que se julgue o mérito da causa, em vista de motivos de economia processual.

Caracterizam-se como requisitos que o legislador considerou imprescindíveis para que se possa conferir ao autor uma decisão de mérito acerca da pretensão formulada.⁹³ Note-se que as condições não representam os aspectos suficientes para que se conceda a tutela jurisdicional ao autor, mas apenas para que se permita seja o pronunciamento judicial apresentado aos envolvidos.

Cumpra ressaltar que as condições da ação estão intimamente ligadas ao direito material e à relação jurídica apresentada ao magistrado.⁹⁴ Assim, ao avaliar a presença das condições da ação o juiz irá analisar aspectos do mérito da pretensão deduzida,⁹⁵ muito embora a decisão produzida não seja de mérito.

As condições da ação – conforme estabelecido pelo legislador processual brasileiro no art. 267, VI, do CPC – são a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimação *ad causam*.⁹⁶

92. Kazuo Watanabe, *Da Cognição no Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, Perfil, 2005, p. 91.

93. Cf. Humberto Theodoro Jr., “Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa”, *RePro* 17/45, São Paulo, Ed. RT, 1980.

94. Cf.: Ada Pellegrini Grinover, “Legitimidade ordinária e a relação jurídica substancial. Eficácia da lei processual no tempo: a arbitragem”, in *A Marcha do Processo*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, p. 140; José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 111; Flávio Luiz Yarshell, *Tutela Jurisdicional*, São Paulo, Atlas, 1999, p. 102. No mesmo diapasão, Kazuo Watanabe afirma: “Constituem [as condições da ação], sem dúvida alguma, elementos através dos quais se visualiza a coordenação entre o processo e o direito material, vale dizer, entre o plano do direito material e o do direito processual, que são distintos, apesar do vínculo de instrumentalidade que os une” (*Da Cognição no Processo Civil*, cit., 3ª ed., p. 104).

95. Em sentido contrário, v. Humberto Theodoro Jr.: “São verdadeiras questões prejudiciais de ordem processual e que, por isso, não se podem confundir com o mérito da causa, já que nada têm a ver com a justiça ou injustiça do pedido ou com a existência ou inexistência do direito material controvertido entre os litigantes” (*Curso de Direito Processual Civil*, 50ª ed., vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 60).

96. Essas já eram as condições da ação ventiladas por Enrico Tullio Liebman: “Essa [a ação] è perciò condizionata ad alcuni requisiti (che devono verificarsi caso

A existência de legitimidade ativa é, portanto, necessária para que o autor tenha direito a um pronunciamento acerca da demanda.

O art. 6º do CPC estabelece que, salvo autorização legal, há a impossibilidade de se pleitear direito alheio em nome próprio. Trata-se de regra que versa sobre a legitimidade ativa ordinária, ou seja, a legítima aptidão para propor demandas.

A partir da leitura da regra mencionada, cabe a quem tenha sua pretensão resistida postular demandas visando à defesa do seu respectivo interesse. Em caráter excepcional, contudo, admite-se a legitimidade extraordinária, isto é, aquela permitida pela lei para que terceiros possam pleitear direitos alheios.⁹⁷ Como se pode imaginar, esses são casos mais restritos.

Do exposto decorre que a legitimidade *ad causam* conceituada como ordinária é aquela que se refere à atuação pelo próprio titular do interesse alegado.⁹⁸ Ela deve refletir absoluta correspondência entre as posições do autor na demanda e do sujeito ativo na relação jurídica material, demonstrando, assim, a pertinência subjetiva da ação.⁹⁹

Cândido Rangel Dinamarco conceitua essa condição da ação baseando-se na ideia de adequação legítima entre o sujeito e a causa. Da

per caso in via preliminare, anche se di solito per implicito) vale a dire all'interesse ad agire, que è l'interesse dell'autore ad ottenere il provvedimento domandato (art. 100 CPC); alla legittimazione ad agire, che è l'appartenenza dell'azione a colui che la propone e in confronto alla controparte (art. 81 CPC); e alla possibilità giuridica, che è l'ammissibilità in astratto del provvedimento chiesto, secondo le norme vigenti nell'ordine giuridico nazionale" ("L'azione nella teoria del processo civile", in *Problemi del Processo Civile*, Napoli, Morano, 1962, p. 46).

97. Cf. Luiz Guilherme Marinoni: "Conjugando-se as regras dos arts. 267, VI, e 6º, temos que ninguém pode propor ação para pedir a proteção de direito alheio, salvo em hipóteses excepcionais em que se autoriza alguém a ir a juízo em nome de direito que não lhe pertence, como acontece quando se defere a alguém a possibilidade de propor ação popular para a defesa do patrimônio público ou legitimidade a um ente – como uma associação de defesa do meio ambiente ou dos consumidores – para propor ação coletiva para a proteção do meio ambiente ou do direito de uma categoria de consumidores" (*Teoria Geral do Processo*, vol. 1, São Paulo, Ed. RT, 2006, p. 173).

98. Cf. Donaldo Armelin, "Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política", in Carlos Alberto de Salles (org.), *Processo Civil e Interesse Público: o Processo como Instrumento de Defesa Social*, São Paulo, Ed. RT, 2003, p. 116.

99. Cf. Susana Henriques da Costa, *Condições da Ação*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 63.

mesma forma, o doutrinador desenvolveu uma fórmula bastante conhecida para a apreciação da legitimidade, a qual relaciona a legitimidade da parte com o reflexo que o resultado da demanda pode causar na vida das partes.¹⁰⁰ Trata-se de definição de extrema importância, e que será abaixo retomada.

Consoante ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque,¹⁰¹ as noções de parte e de parte legítima distinguem-se, na medida em que a primeira está relacionada à relação processual, ao passo que a segunda leva em consideração a situação material.

De fato, parece impossível negar que, ao menos nos casos de legitimidade ordinária, cabe ao magistrado, ao avaliar a presença da legitimação das partes, proceder à análise do direito material invocado pelo autor. Apenas mediante tal recurso será o juiz capaz de afirmar se autor e réu estão adequadamente envolvidos na demanda, ou seja, se eles exercem, na relação de direito material, posição que embasa a participação na lide.

Isso demonstra que a averiguação da legitimidade *ad causam* passa pela confirmação de que tanto o autor quanto o réu estão envolvidos na relação material apresentada, de forma a justificar suas respectivas posições processuais.¹⁰²

Retomando-se a ideia ventilada por Cândido Rangel Dinamarco, acima transcrita, acerca da relação entre os efeitos da demanda sobre um sujeito e sua legitimidade como parte no processo, caberá ao magistrado avaliar se a demanda será capaz de atuar sobre a vida das partes, autor e réu. No caso de um pedido de recuperação judicial, ao se voltar à situação material, o juiz encontrará relações de débito e crédito.

100. A fórmula é a seguinte: “Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima” (*Instituições de Direito Processual Civil*, 6ª ed., vol. II, São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 313).

101. José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, p. 284.

102. Cf. José Frederico Marques: “Diz respeito a legitimação para agir à posição de autor e réu em relação a um litígio. Só os titulares dos interesses em conflito têm direito à prestação jurisdicional e ficam obrigados a subordinar-se, *in casu*, ao poder ou *imperium* estatal. Legitimação *ad causam* significa existência de pretensão subjetivamente razoável” (*Manual de Direito Processual Civil*, 9ª ed., vol. 1, Campinas, Millennium, 2003, p. 243).

A simples existência dessa relação demonstrará que a ação em questão poderá acarretar efeitos ao devedor e ao credor – o que os tornaria partes legítimas.

Ocorre que, caso se tratasse apenas de uma relação de débito e crédito, essa afirmativa também seria verdadeira e muito mais apropriada a uma ação de cobrança ou de execução. A ação de recuperação judicial, contudo, envolve muito mais que um inadimplemento entre duas partes. Ao avaliar o caso, portanto, o magistrado não enfrentará apenas uma questão privada de inadimplemento, mas um quadro de crise empresarial considerado de extrema relevância pelo legislador brasileiro e capaz de acarretar prejuízos a inúmeras partes.

A doutrina processual aponta, na verdade, no sentido de que a legitimidade está intimamente ligada à relação de direito material e à existência de um interesse tutelado pelo direito material que se busca seja protegido por meio do direito de ação.

Se a ciência processual relaciona a legitimidade *ad causam* a questões de mérito envolvidas pela demanda e afere a existência da legitimidade com base nos efeitos que podem ser causados às partes indicadas, nada mais correto que permitir que não apenas o devedor seja parte legítima para postular uma recuperação judicial, a qual, reconhecidamente, afetará não apenas a ele mesmo.

Nesse sentido, impossível afirmar que a ação de recuperação judicial seja apta a melhorar apenas o patrimônio do devedor e que, por esse motivo, apenas a ele caberia a decisão sobre a tentativa de reerguimento ou a quebra. O devedor é, sem sombra de dúvidas, um dos sujeitos tutelados pela nova lei concursal, mas não pode ser considerado o único.

Partindo-se do pressuposto de que a legitimidade *ad causam* significa que as partes envolvidas são aquelas que, de acordo com a relação material supostamente existente, deveriam figurar no processo, não se consegue identificar as razões que levaram o legislador a considerar o credor e outros interessados partes ilegítimas para a propositura da ação.¹⁰³

103. Tendo em vista o direito público subjetivo de invocar a atividade jurisdicional, assegurado no art. 5º, XXXV, da CF a todos aqueles que desejam assegurar seus direitos, poder-se-ia imaginar se a ampliação de legitimados para acesso ao Poder Judiciário não seria até mesmo decorrente da aplicação da interpretação conforme a Constituição aos dispositivos da Lei de Recuperação e Falência (sobre a interpretação conforme, v.: Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional: o*

Em favor desse posicionamento pode-se ainda ressaltar que o credor é legitimado a propor a ação de falência, cujos efeitos são, sem sombra de dúvidas, muito mais prejudiciais que aqueles decorrentes da recuperação judicial. A incoerente estrutura da Lei de Recuperação de Empresas permite que um agente possa o mais (solicitar a falência) mas não possa o menos (requerer a recuperação judicial de um devedor).

Não há na teoria processual, destarte, nenhuma limitação à atribuição de legitimidade a outros entes, desde que se possa comprovar que o bem da vida que se postula está intimamente relacionado com a própria parte.

No mais, esse resultado condiz com as linhas mestras do sistema concursal brasileiro, que atualmente reconhece os valores contidos na preservação da empresa, na promoção de sua função social e no estímulo à atividade econômica por ela perpetrado.

Com isso, encontra-se ele afastado da concepção de que o concurso poderia ser visto como um *favor legis* ao devedor, e passa a refletir as ideias já ventiladas no ambiente internacional segundo as quais a crise empresarial atinge inúmeros agentes que de alguma forma participam da vida da empresa.

Torna-se possível, assim, afirmar que o sistema concursal sofreu alteração profunda em seus fundamentos, e que essa alteração deve encontrar reflexo ao longo de todo o procedimento da ação de recuperação de empresas. Isso significa dizer que estruturas formuladas quando da criação do sistema concursal baseado na quebra da empresa precisam ser repensadas e ajustadas aos novos propósitos enumerados pela Lei de Recuperação e Falência.

Um desses assuntos que, ao que tudo indica, devem ser reavaliados diz respeito à condição da ação que ora se examina – qual seja, a legitimidade *ad causam*. Mais especificamente, importa avaliar se o esquema de legitimidade ativa formulado para as ações falimentares anteriormente existentes ainda encontra justificativas para permanecer vigente no atual sistema concursal brasileiro.

A resposta para esse questionamento parece ser negativa. Assim, ao avaliar a relação de direito material apresentada quando da formula-

ção do pedido de recuperação judicial o juiz não deverá levar em conta apenas a regra contida no art. 48, mencionado, mas todo o arcabouço principiológico que emana da Lei de Recuperação de Empresas.

Parece, então, relevante que se reconheça não apenas a legitimidade ativa do devedor para a propositura da recuperação judicial, mas também a de outros interessados. Esse não é, ademais, apenas um resultado da interpretação concursal a partir dos seus princípios. Como visto, o estudo do direito processual encaminha à mesma conclusão.

Vale, por fim, ressaltar que a interpretação proposta condiz com a luta tanto pela instrumentalidade do direito processual com relação ao direito substancial quanto pela efetividade da tutela jurisdicional, máxima entre os estudiosos do direito processual e que se fundamenta sobre a capacidade de o processo satisfazer as suas finalidades, tendo em vista os objetivos relacionados ao direito material em questão e todos os resultados decorrentes da própria atividade.¹⁰⁴

4.1.2 *A análise do plano de recuperação pela assembleia-geral de credores*

Uma vez ultrapassadas as discussões acerca do pedido de recuperação judicial, cumpre passar para um outro momento de elevada relevância para o procedimento em questão. Trata-se da *análise do plano de recuperação* apresentado pelo devedor.

Em consonância com a atual estrutura do direito concursal brasileiro, os credores receberam funções de extrema relevância para o desenrolar do procedimento de recuperação judicial.

Na recuperação judicial, a mais importante atribuição dos credores deve ser exercida em assembleia-geral de credores e diz respeito à avaliação do plano de recuperação apresentado pelo devedor. Referida avaliação, contudo, não é feita em todas as situações, já que o plano de recuperação é aprovado instantaneamente se nenhum credor objetá-lo

104. Acerca da instrumentalidade e da efetividade da tutela jurisdicional, v. Carlos Alberto de Salles, "Processo civil de interesse público", in Carlos Alberto de Salles (org.), *Processo Civil e Interesse Público: o Processo como Instrumento de Defesa Social*, São Paulo, Ed. RT, 2003, pp. 45-52, especialmente p. 51. Ressalte-se que o autor afirma que, mais que a instrumentalidade, direito material e direito processual são marcados por uma relação de interdependência, pois o último serve para realizar o primeiro, sendo que este, por sua vez, depende daquele para ser efetivado (p. 46).