

Sheila Christina Neder Cerezetti

# A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE SOCIEDADE POR AÇÕES

O Princípio da Preservação da Empresa  
na Lei de Recuperação e Falência



***A RECUPERAÇÃO JUDICIAL  
DE SOCIEDADE POR AÇÕES***

***O Princípio da Preservação da Empresa  
na Lei de Recuperação e Falência***

**SHEILA CHRISTINA NEDER CEREZETTI**

***A RECUPERAÇÃO JUDICIAL  
DE SOCIEDADE POR AÇÕES***

***O Princípio da Preservação da Empresa  
na Lei de Recuperação e Falência***

**≡ ≡ MALHEIROS  
≡ ≡ EDITORES**

***A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE SOCIEDADES POR AÇÕES***  
***O Princípio da Preservação da Empresa***  
***na Lei de Recuperação e Falência***

© SHEILA CHRISTINA NEDER CEREZETTI

ISBN 978-85-392-0121-1

*Direitos reservados desta edição por*  
*MALHEIROS EDITORES LTDA.*  
*Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171*  
*CEP 04531-940 – São Paulo – SP*  
*Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495*  
*URL: [www.malheiroseditores.com.br](http://www.malheiroseditores.com.br)*  
*e-mail: [malheiroseditores@terra.com.br](mailto:malheiroseditores@terra.com.br)*

*Composição*  
PC Editorial Ltda.

*Capa:*  
*Criação: Vânia Lúcia Amato*  
*Arte: PC Editorial Ltda.*

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*  
04.2012

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.<sup>104</sup>

#### 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).

no prazo legal. Em caso de objeção a assembleia-geral de credores é convocada e todos os credores são chamados a deliberar sobre o documento.<sup>105</sup>

Como o próprio nome indica, a assembleia-geral de credores é formada apenas por credores e somente por aqueles que compõem alguma das classes de credores previstas no art. 41 da Lei de Recuperação e Falência.<sup>106</sup> Sob o argumento de que os credores são as partes que têm interesses diretos na recuperação da empresa em crise,<sup>107</sup> a Lei de Recuperação e Falência, em profunda alteração do sistema concursal brasileiro, a eles conferiu o poder de decidir acerca do futuro do devedor que solicita sua recuperação judicial.

Isso significa que o julgamento sobre a viabilidade da empresa é feito apenas por aqueles que têm algum dos tipos de interesses pecuniários reconhecidos pela Lei de Recuperação e Falência na reorganização da empresa – ou seja: créditos trabalhistas, garantidos, com privilégio especial, com privilégio geral, quirografários e subordinados. Sabe-se que algo semelhante ocorre no sistema falimentar norte-americano,<sup>108</sup>

105. Cf. o texto do *caput* do art. 56 da Lei de Recuperação e Falência: “Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação”.

106. Para críticas à previsão de uma assembleia de credores ao invés de uma *assemblea del fallimento*, capaz de abranger outros interessados, como os trabalhadores que não possuem créditos contra o devedor, v. Ángel Rojo, “Crisi dell’impresa e crisi dei procedimenti concorsuali: l’esperienza spagnola”, *Giurisprudenza Commerciale* I (1981), p. 724.

107. Cf. o seguinte trecho do Parecer 534/2004 da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, sob relatoria do senador Ramez Tebet, publicado no *Diário do Senado Federal* de 10.6.2004, p. 17.867: “O Projeto também acerta ao apontar os credores – que participam do mercado em que está inserido o devedor e são, afinal, os maiores interessados no êxito do processo – como as pessoas mais indicadas para decidir acerca da viabilidade do plano de recuperação preparado pelo devedor” (grifou-se) O mesmo entendimento encontra-se na doutrina brasileira, conforme o seguinte trecho de Jairo Saddi: “(...) logo, é importante que o credor, o verdadeiro interessado nos destinos da empresa em crise, seja ele quem for, possa querer participar mais ativamente no processo e agir com cautela, ao menos para expor e debater o assunto no fórum da assembleia” (“Considerações sobre o comitê e a assembleia de credores na nova lei falimentar”, 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. 205 – grifou-se). No mesmo sentido caminha a jurisprudência do TJSP (Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 631.540-4/5-00, rel. Des. José Roberto Lino Machado, j. 30.6.2009).

108. Contudo, nos termos do *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*, a participação refere-se aos credores e aos detentores de *interests*.

que parece ter servido de inspiração a algumas características da reforma concursal pátria.

A avaliação da viabilidade da empresa é, portanto, feita com o auxílio dos credores, que agem como indicadores do mercado ao ponderar sobre a existência de vantagens e benefícios decorrentes da manutenção do devedor e continuidade de seus negócios.<sup>109</sup>

A assembleia-geral de credores é caracterizada como órgão que envolve uma comunhão de interesses.<sup>110-111</sup> Acredita-se que os credores teriam um interesse comum em evitar perdas mais acentuadas que aquelas que decorreriam da liquidação dos ativos do devedor,<sup>112</sup> em maximizar o valor do patrimônio do devedor<sup>113</sup> e, assim, em garantir a mais ampla satisfação de seus créditos.<sup>114</sup>

De fato, apresenta-se claro que todos aqueles que detêm algum tipo de crédito buscam satisfazê-lo da melhor maneira possível. Portanto, esse parece ser um interesse compartilhado por todos os credores.

Ocorre que alguns credores não se importam única ou prioritariamente com o recebimento dos valores que lhes são devidos. Muitas vezes a manutenção de determinado vínculo contratual com o devedor representa valor a ser considerado por credores quando do exercício dos seus respectivos direitos de voto. Nessas situações, as perdas experimentadas por alguns credores mediante a debilidade econômico-financeira do devedor não são apenas de cunho econômico e influenciam o direcio-

109. Para críticas ao amplo papel dos credores, cf. Rubens Approbato Machado (coord.), *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 33.

110. Cf. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, “A assembleia-geral de credores na nova lei falimentar”, *RDM* 138/72, São Paulo, Malheiros Editores, (2005, especialmente nota de rodapé 7.

111. O tema da existência de uma comunhão de interesses faz lembrar a assembleia de debenturistas prevista no art. 71 da Lei das Sociedades por Ações. Sabe-se que as deliberações tomadas em assembleias de debenturistas refletem a vontade da comunhão. Por esse motivo, Modesto Carvalhosa defende que “a vontade individual de cada debenturista presente à assembleia deve manifestar-se precipuamente no interesse da comunhão e não no interesse particular do debenturista” (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 5ª ed., vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 835).

112. Cf. Rachel Sztajn, “Notas sobre as assembleias de credores na Lei de Recuperação de Empresas”, cit., *RDM* 138/62.

113. Cf. Lorenzo Stanghellini, “Proprietà e controllo dell’impresa in crisi”, *Rivista delle Società* 5 (setembro-outubro/2004), p. 1.056.

114. Cf. Friedrich Neumann, *Die Gläubigerautonomie in einem künftigen Insolvenzverfahren*, cit., p. 246.

namento do voto a ser por eles exercido quando do julgamento do plano de recuperação apresentado pelo devedor.

Nesses casos, além do reconhecido interesse comum, podem ser encontrados interesses divergentes e convergentes entre aqueles que compõem a coletividade de credores. Não se pode negar que mesmo quando presentes interesses outros, como aquele na manutenção do vínculo contratual acima referido, o interesse comum na melhor satisfação do crédito permanece. Contudo, esse pode não representar a todos os participantes o interesse mais relevante.<sup>115</sup>

Isso ocorre uma vez que a existência de um interesse comum (maximização dos valores em prol da satisfação de créditos) não exclui eventuais interesses divergentes e convergentes. É possível imaginar que, se o valor da reorganização do devedor superar o valor da sua liquidação, aquela interessará a todos os credores.<sup>116</sup> Contudo, tendo em vista que os credores são tratados em rígida hierarquia nas situações de falência (v. art. 83 da Lei de Recuperação e Falência), eles terão parâmetros de comparação distintos e, assim, alguns – provavelmente credores quirografários e subordinados – acharão que a recuperação será mais benéfica, ao passo que outros – provavelmente credores garantidos – poderão concluir que a imediata liquidação dos bens do devedor representará maior soma para a satisfação de seus créditos.<sup>117</sup>

115. A existência de distintos interesses entre os credores é amplamente reconhecida pela doutrina. Sobre o tema, v.: Lorenzo Stanghellini, “Proprietà e controllo dell’impresa in crisi”, cit., *Rivista delle Società* 5 (setembro-outubro/2004), p. 1.057; Karen Gross, *Failure and Forgiveness – Rebalancing the Bankruptcy System*, cit., p. 371, e “A response to J. J. White’s death and resurrection of secured credit: finding some trees but missing the forest”, *American Bankruptcy Institute Law Review* 12 (2004), pp. 206-208, especialmente notas 16 e 30 – nas quais a autora relata que a jurisprudência americana também não ignora a relevância de se reconhecer a existência de interesses diversos e às vezes conflitantes entre os credores, o que ocorre inclusive dentre os detentores de créditos que formam uma mesma classe de credores.

116. Nesse sentido caminha Rachel Sztajn, “Notas sobre as assembleias de credores na Lei de Recuperação de Empresas”, cit., *RDM* 138/62-63.

117. Frederico Viana Rodrigues acredita que há credores mais interessados na liquidação (credores garantidos e credores cujo contrato de trabalho já não esteja em vigor) e credores mais interessados na recuperação do devedor (credores trabalhistas e quirografários) (“Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro”, cit., *RDM* 138/120-121). Acerca da presença de interesses distintos entre os credores, v. também Paolo Catalozzi, “La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori”, *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 5 (2009), p. 583.



Tendo em vista que a decisão dos diversos credores estará imbuída de todas essas ponderações, há que se buscar uma melhor organização dos mais variados interesses para que, dessa forma, a decisão final da assembleia-geral de credores possa representar solução vantajosa aos envolvidos.

Essa constatação deixa claro que, não obstante a verificação de um interesse comum, inexistente completa homogeneidade entre os interesses dos diversos credores que compõem a assembleia-geral. Em busca da melhor organização desses interesses desenvolveu-se a ideia de separar os credores em distintas classes.<sup>118</sup>

#### 4.1.2.1 *A formação das classes de credores: acertos, desacertos e interesses desprotegidos*

Dentro da pretérita visão do concurso, ou seja, a liquidatório-solutória – segundo a qual os procedimentos concursais deveriam ser utilizados para realizar os ativos e adimplir os débitos do falido –, as classes eram utilizadas para dividir os credores em categorias, às quais se atribuía uma ordem de preferência para o pagamento dos créditos.

Sob a atual perspectiva do direito concursal, a qual prevê legalmente os procedimentos de recuperação, as classes têm por intuito organizar interesses,<sup>119</sup> agrupando os homogêneos e afastando os assimétricos.<sup>120</sup> A composição de classes permite que se esclareça o tratamento a ser

118. Sobre o tema, v.: Massimo Fabiani, “Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati”, *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 4 (2009), pp. 437-445; Giuseppe Bozza, “La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo”, *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 4 (2009), pp. 424-436; e Tribunale di Milano, “Ord., 4 dicembre 2008”, *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 4/423, 2009.

119. O propósito da classificação, contudo, não é tema pacífico. Segundo Scott F. Norberg, as classes estão estruturadas para garantir os direitos dos credores: “The Chapter 11 scheme for confirming a plan of reorganization supports the premise that the purpose of classification is to preserve creditor rights under the absolute priority and unfair discrimination rules, and not to ensure fair representation of different creditor interests. Thus, the Code mandates classification based on the nature and treatment of the claims classified, not the interests of the claim holders. Further, the Code scheme for confirmation encourages consensual plans and discourages a final resort to cram down. Separate classification of similar claims based on indirect interests (rather than a justifiable need to treat separate classes differently) invites cram down rather than reorganization by consent of all classes” (“Classification of claims

conferido aos credores do mesmo grupo e fornece um mecanismo para que se apure se os votos foram suficientes à aprovação de um plano.<sup>121</sup>

Para fins de recuperação judicial, a Lei de Recuperação e Falência separou os credores em três classes. A primeira delas é composta por titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho. Da segunda participam titulares de créditos com garantia real, enquanto a terceira classe é formada por titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral e subordinados.

A simples enumeração das classes demonstra que a criação de grupos de credores na Lei de Recuperação e Falência não foi capaz de perfeitamente cumprir sua função. Especialmente a composição da última classe acima indicada revela que não foram agrupados apenas interesses homogêneos.<sup>122</sup> Essa conclusão decorre da singela percepção de que fo-

under Chapter 11 of the Bankruptcy Code: the fallacy of interest based classification”, *American Bankruptcy Law Journal* 69 (1995), pp. 138-139).

120. Cf.: A. Gambino, “Limiti costituzionali dell’iniziativa economica nella crisi dell’impresa”, *Giurisprudenza Commerciale* I (1988), pp. 493 e 495; Gaetano Presti, “Rigore è quando arbitro fischia?”, *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 1 (2009), p. 29; e Roberto Sacchi, “Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell’autorità giudiziaria”, *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 1 (2009), p. 32 (este último, ao ressaltar a relevância da formação de classes baseada na homogeneidade entre os interesses dos credores participantes, afirma ser essa uma das condições mínimas para que a autonomia privada dos credores possa ser exercida). Em doutrina aponta-se que a homogeneidade está relacionada com “il connotato soggettivo dei creditori (es.: banche, fornitori, lavoratori), i caratteri propri del credito (modesto o rilevante), la tipologia dei rapporti intrattenuti con il debitore (soci finanziatori, obbligazionisti)” (Anna Chiara Marrollo, “Le classi di creditori nel concordato preventivo alla luce del DLg 12 settembre 2007, n. 169”, in *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 12 (2008), p. 1.462 – que menciona diversas decisões judiciais que fornecem panorama sobre o entendimento do Judiciário italiano a respeito da formação de classes em diferentes situações).

121. Cf. Barbara J. Houser, Thomas S. Henderson, Richard M. Rosenberg, Shari A. Wilkins e Jenny J. Hyun, “Classification of claims”, in American Law Institute/American Bar Association Continuing Legal Education, *ALI-ABA Course of Studies*, 2006, p. 1.034.

122. Em avaliação dos resultados obtidos após um ano de aplicação da Lei de Recuperação e Falência, Jairo Saddy critica a obrigatória alocação de créditos distintos em uma mesma classe, indica a dificuldade prática de convergência de interesses e objetivos e chega a afirmar que “a ausência de um denominador comum é o maior obstáculo a ser enfrentado” (“Assembleia de credores: um ano de experiência da

ram combinados credores de distintas naturezas e hierarquias. De fato, se é verdade que os credores votarão o plano de recuperação tendo em vista o quadro por ele gerado em comparação com o que seria obtido na falência, é de se imaginar que a votação na terceira classe pode encontrar ampla diversidade.

Sobre o assunto, sabe-se que na falência os créditos que compõem apenas a terceira classe na recuperação judicial representam quatro classes diferentes. A partir do estudo da classificação de créditos constante do art. 83 da Lei de Recuperação e Falência pode-se perceber que, dentre os componentes da referida terceira classe, os créditos são pagos na falência de acordo com a seguinte ordem: créditos com privilégio especial, créditos com privilégio geral, créditos quirografários e créditos subordinados. A indicação da hierarquia dos créditos é capaz de, por si só, demonstrar que as votações na terceira classe poderão sofrer com a heterogeneidade gerada pela disparidade de interesses abrangidos.

Pode-se dizer que duas outras soluções para a divisão dos credores em classes teriam sido muito mais proveitosas. A mais simples delas seria separar os credores, para os fins da recuperação judicial, da mesma forma como se fez para os casos de falência. Os credores, portanto, seriam, no que coubesse, alocados em tantas classes quanto aquelas disciplinadas no art. 83 da Lei de Recuperação e Falência.

É possível imaginar que a inclusão de créditos de naturezas distintas em uma mesma classe tenha sido causada pela diminuta incidência de créditos com privilégios especial e geral nos casos de recuperação e falência. Para evitar que um número pequeno de credores com privilégio constituísse classes separadas e exercesse demasiado poder na aprovação de matérias submetidas ao crivo da assembleia-geral de credores justificar-se-ia a alocação desses credores juntamente com os detentores de créditos quirografários e subordinados. Contudo, a melhor solução a um tipo de problema como esse não reside na criação de nova dificuldade como a que decorre da criação da terceira classe, mas na estipulação de uma adequada regra para superação de eventuais vetos de classes de credores.<sup>123</sup>

nova Lei de Falências. Uma avaliação”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 36 (2007), pp. 221-222).

123. Conforme indicado no item 4.1.2.3.2, abaixo, a Lei de Recuperação e Falência já conta com regra para a superação de veto de uma das classes de credores. Todavia, a norma constante da lei não satisfaz os objetivos a que se propõe, e merece críticas.

Um outro caminho mais adequado, mas que envolveria maior dificuldade e ampla atuação do juiz, seria algo análogo ao que foi adotado, dentre outros,<sup>124</sup> pelo *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* norte-americano e pela *InsO* alemã, ou seja, a possibilidade de o elaborador do plano de recuperação separar os credores em classes de forma livre, desde que observados critérios de similitude.<sup>125</sup>

Nos Estados Unidos exige-se que todos os membros de uma mesma classe sejam detentores de créditos ou *interests* substancialmente parecidos.<sup>126</sup> Na Alemanha,<sup>127</sup> por seu turno, estabelecem-se dois níveis de

124. O *concordato preventivo* italiano também prevê a divisão dos credores em classes de acordo com posição jurídica e interesses econômicos homogêneos (art. 160, conforme alterado pelo *Decreto Legislativo 12 Settembre 2007, n. 169*, e Anna Chiara Marrollo, “Le classi di creditori nel concordato preventivo alla luce del DLg 12 settembre 2007, n. 169”, in *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 12 (2008), pp. 1.460-1.465. Para comentários com perspectiva de Direito Comparado sobre o tema: Maurizio Sciuto, “La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un’analisi comparatistica)”, *Giurisprudenza Commerciale* I (2007), pp. 566-599. Atualmente a doutrina discute se a formação de classe prevista na lei deve ser interpretada como imperativa ou opcional (v.: Giuseppe Bozza, “La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 4 (2009), pp. 424-436; Massimo Fabiani, “Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 4 (2009), pp. 437-445; Paolo Catalozzi, “La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 5 (2009), p. 585; e Lorenzo Stanghellini, “Creditori ‘forti’ e governo della crisi d’impresa nelle nuove procedure concorsuali”, *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 4 (2006), p. 386, e “L’approvazione dei creditori nel concordato preventivo: legittimazione al voto, maggioranze e voto per classi”, *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 9 (2006), pp. 1.063-1.065).

125. Na Alemanha, em que a classificação de credores não é rígida como no Brasil, a formação de classes de credores já foi considerada como instrumento central do plano de recuperação (cf. Ulrich Keller, *Insolvenzrecht*, cit., p. 627). No mesmo sentido, Massimo Fabiani afirma a importância estratégica das classes para o procedimento concursal (“Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 4 (2009), p. 444).

126. Confira-se a regra norte-americana: “§ 1.122. Classification of claims or interests: (a) Except as provided in Subsection (b) of this Section, a plan may place a claim or an interest in a particular class only if such claim or interest is substantially similar to the other claims or interests of such class. (b) A plan may designate a separate class of claims consisting only of every unsecured claim that is less than

classificação, sendo o primeiro nível de formação obrigatória de classes (*obligatorische Gruppenbildung*), e que é baseado na posição jurídica dos credores.<sup>128</sup> Isso ocorre pois, de acordo com o § 222, *Absatz 1, Satz 2*, alguns tipos de credores devem ser divididos em diferentes classes. Dentro dessa separação, contudo, permite-se o segundo nível de classificação, o qual possibilita uma formação facultativa de classes (*fakultative Gruppenbildung*), baseada na existência de interesses econômicos comuns entre os credores que formaram as classes obrigatórias. Ressalte-se que essas classes facultativas não são subclasses das obrigatórias, mas permanecem ao lado delas<sup>129</sup> como novas classes de credores capazes de abrigar interesses mais parecidos.<sup>130</sup>

or reduced to an amount that the court approves as reasonable and necessary for administrative convenience”. Com base nessa norma foram criadas as seguintes regras básicas da classificação: (i) os créditos de natureza distinta devem ser classificados separadamente; (ii) os créditos de mesma natureza devem ser classificados conjuntamente, salvo se o plano estabelece tratamento diferente a tais créditos; (iii) a classificação separada de créditos da mesma natureza por causa de tratamento diferenciado é limitada por regras de discriminação; e (iv) créditos são considerados da mesma natureza não obstante o interesse indireto que o detentor possa ter na reorganização (cf. Scott F. Norberg, “Classification of claims under Chapter 11 of the Bankruptcy Code: the fallacy of interest based classification”, cit., *American Bankruptcy Law Journal* 69 (1995), pp. 119-120). Como se verá abaixo, a última regra é discutida pelos estudiosos.

127. Para uma exposição detalhada do tema na Alemanha, inclusive com a apresentação de discussões prévias à aprovação da lei e considerações de Direito Comparado, v. Friedrich Neumann, *Die Gläubigerautonomie in einem künftigen Insolvenzverfahren*, cit., pp. 81-97. Cf. também Klaus Warringsholz, *Die angemessene Beteiligung der Gläubiger an dem wirtschaftlichen Wert der Masse aufgrund eines Insolvenzplanes: Rechtsvergleichende Überlegung zur Absolute Priority Rule*, Hamburg, Kovač, 2005, pp. 159-165.

128. Há que se relatar a falta de posicionamento uniforme acerca da possibilidade de formação de classe mista – ou seja, que abranja credores garantidos e quirografários –, havendo quem a afaste em vista da letra do § 222 da *InsO* e quem a acate desde que não exista atribuição de preferência aos credores quirografários alocados na classe mista com relação aos demais credores; sendo que, no que tange a estes, deve-se observar a regra de igualdade de tratamento (cf. Stefan Šmid e Rolf Rattunde, *Der Insolvenzplan*, Stuttgart, Kohlhammer, 2005, pp. 171-172, RdNr. 7.16).

129. Cf. Ulrich Keller, *Insolvenzrecht*, cit., p. 629.

130. O seguinte exemplo, apresentado por Ulrich Keller, é capaz de demonstrar o exposto. Credores trabalhistas podem formar uma das referidas classes obrigatórias. Entre esses credores, todavia, é possível identificar interesses econômicos distintos. Será possível, então, formar duas classes a partir desse grupo de trabalhadores: uma delas seria composta de credores que não mais têm vínculo de trabalho com o devedor e a outra envolve credores que continuam sendo empregados do

Trata-se de maneiras adequadas de fazer com que as classes cumpram sua função, ou seja, englobem interesses homogêneos. Mediante a utilização desse mesmo mecanismo facilita-se o alcance de conciliação acerca dos dispositivos do plano, no que tange aos créditos em questão.<sup>131</sup> Conforme ressaltado por Ulrich Keller,<sup>132</sup> esse mecanismo de classificação permite o tratamento diferenciado de credores conforme sua posição jurídica e interesses econômicos<sup>133</sup> – o que facilita que ao elaborador do plano obter a concordância das variadas classes.<sup>134</sup>

A vantagem obtida com a divisão dos credores em classes é reforçada pelo fato de que ela estimula a concessão de tratamento benéfico a todos os envolvidos nas variadas classes, uma vez que todas elas precisam aprovar o plano para que ele seja homologado.<sup>135</sup> Assim, a previsão de dispositivos prejudiciais a determinado grupo implicará, com grande probabilidade, a rejeição do plano por essa classe.<sup>136</sup>

É possível afirmar, portanto, que a previsão de separação dos credores em classes, de acordo com critérios de verdadeira homogeneidade, é regra de extrema importância para um procedimento que pretende es-

devedor. Essa classificação revela como a organização dos credores pode ser capaz de diferenciar interesses de forma mais detalhada (*Insolvenzrecht*, cit., p. 629).

131. Esse é também o posicionamento de Axel Flessner, que indica que a separação dos credores assim realizada facilita a coordenação dos interesses envolvidos (in Dieter Eickmann, Axel Flessner, Friedrich Irschlinger, Hans-Peter Kirchhof, Gerhart Kreft, Hans-Georg Landfermann, Wolfgang Marotzke e Guido Stephan, *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, 4ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2006, p. 1.067).

132. Ulrich Keller, *Insolvenzrecht*, cit., p. 627.

133. No mesmo sentido, v. Stefan Smid e Rolf Rattunde, *Der Insolvenzplan*, cit., pp. 250-251, RdNr. 13.3.

134. Como se verá abaixo, a classificação com base em interesses denominados “econômicos” pelos alemães é chamada de classificação com base em interesses indiretos pelos americanos. A divisão de credores com base nessa característica é bastante debatida nos Estados Unidos da América.

135. Salvo nos casos em que o mecanismo do *cramdown* é utilizado, conforme comentado no item 4.1.2.3.2, abaixo.

136. Sobre essa questão pode-se imaginar que o plano atribua condições favoráveis a credores majoritários de uma classe sem conceder o mesmo tratamento aos demais componentes da classe apenas para obter a aprovação do grupo. O legislador brasileiro tenta cuidar dessa situação ao prever, para as classes segunda e terceira, o requisito da dupla maioria para a aprovação do plano de recuperação. Para evitar esse incorreto uso do direito de voto, melhor seria a criação de critérios mínimos de tratamento equânime entre os credores da mesma classe. Regras de igualdade de tratamento serão objeto de estudo no item 4.1.3.1, abaixo.



tabelecer o equilíbrio entre interesses. Na verdade, essa medida chega a ser considerada essencial para que se considere legítima a atribuição aos credores da decisão acerca da proposta de recuperação.<sup>137</sup>

Vistas as regras de classificação no Direito estrangeiro, cabe tratar de outra crítica à criação de classes tal como prevista na Lei de Recuperação e Falência. Referência é feita à possibilidade de a segunda classe abarcar alguns credores que podem eventualmente participar e votar em mais de uma classe. O § 2º do art. 41 da Lei de Recuperação e Falência dispõe que os titulares de crédito garantido votam na segunda classe até o limite do valor do bem gravado e na terceira classe pelo restante do crédito. Sem dúvida alguma, a participação de um credor em duas ou mais classes pode trazer inconvenientes, os quais poderão ser verificados não apenas nessa situação dos credores garantidos, como também todas as vezes em que um mesmo credor detiver créditos de diferentes naturezas e que, de acordo com as regras de classificação, for alocado em mais de uma classe.

Para os casos do credor garantido, tendo em vista a dificuldade de avaliação do bem com valor volátil e a consequente determinação do crédito participante das segunda e terceira classes, Rachel Sztajn<sup>138</sup> acre-

137. Cf. Massimo Fabiani, que entende que apenas a existência de homogeneidade entre os credores pertencentes à mesma classe torna legítima a opção de se conceder aos credores tão relevante decisão, sendo que ao Judiciário deve ser atribuída a função de avaliar o modo como as classes são formadas (“Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 4 (2009), pp. 437-445). Igualmente: Paolo Catalozzi, “Concordato preventivo: sindacato sulla fattibilità del piano e tecniche di tutela dei creditori ‘deboli’”, *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 3 (2007), p. 338, e “La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 5 (2009), pp. 581-589, especialmente pp. 583-585. Também nesse sentido caminha decisão do Tribunal de Milão em que se afirma que apenas a homogeneidade de credores reunidos em uma mesma classe é capaz de manter genuíno o mecanismo de formação de vontade da maioria no interior da mesma classe. Ressalta-se, ainda, que a adequação na composição das classes é de relevância extrema, especialmente tendo em vista que a decisão acerca da recuperação foi retirada do Judiciário e atribuída aos credores (Tribunale di Milano, “Ord., 4 dicembre 2008”, *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 4/423, 2009).

138. Rachel Sztajn, “Notas sobre as assembleias de credores na Lei de Recuperação de Empresas”, cit., *RDM* 138/59: “Partindo da premissa de que contratos servem para distribuir riscos entre partes, melhor fora que se determinasse que o credor titular de garantia real que aceitou o risco da volatilidade do preço votasse até o

dita que a melhor solução seria determinar que o credor garantido votasse apenas na segunda classe. Nesses casos, o credor que aceitou o risco da volatilidade do preço deveria votar apenas na classe de garantidos e até o valor nominal da garantia.

Não se pode negar que a atribuição de direito de voto a um mesmo credor em mais de uma classe seja capaz de causar dificuldades ao processo de recuperação e abuso do mesmo direito. Por esse motivo, a solução proposta pode trazer benefícios. Note-se, contudo, que os casos de credores garantidos com crédito excedente ao valor da garantia não são os únicos que ensejam a participação em mais de uma classe, e essa solução, sendo aplicável só a essas situações, poderia gerar desigualdades com relação a outros casos em que a múltipla participação ocorre. Assim, a utilização desse critério, que importa restrição à participação do credor em alguma das classes em que tenha interesses devido a um crédito por ele devido e que compõe outra classe, precisaria ser adotada em todas as situações em que um mesmo credor possuísse créditos em mais de uma classe.

A proposta reflete uma regra de impedimento de voto. Em face do risco do indevido exercício do direito de voto pelo credor, proíbe-se de antemão sua manifestação em mais de uma classe.<sup>139</sup>

A alternativa a essa solução seria a utilização de regras – como a relativa ao abuso de direito – para o correto exercício do direito de voto

valor nominal da garantia, e nada mais. Com isso se produz incentivo para a adoção de medidas diligentes *ex ante*. Quem aceita riscos deve conviver com os efeitos que venham a derivar da sua escolha”.

139. Casos de impedimento do exercício do direito de voto já são conhecidos no direito empresarial. O art. 115 da Lei das Sociedades por Ações fornece bom exemplo da previsão de circunstâncias em que o direito de voto é interditado devido a conflitos de interesses que envolvem seu titular. O tema é objeto de ampla discussão doutrinária acerca da possibilidade, por um lado, de todos os casos arrolados no dispositivo serem caracterizados como relativos a situações de impedimento ou, por outro lado, de a regra ali contida cuidar de alguns contextos que envolvem impedimento e de outros que apenas permitem, caso haja o efetivo desrespeito ao interesse social, a anulação do voto conflitante. Sobre o tema, v.: Calixto Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, cit., 3ª ed., pp. 93-98; Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, *Conflito de Interesses nas Assembleias de S/A*, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, pp. 81-101; Luiz Gastão Paes de Barros Leães, “Conflito de interesses”, in *Estudos e Pareceres sobre Sociedades Anônimas*, São Paulo, Ed. RT, 1989, pp. 9-27, e “Proibição de voto e conflito de interesse nas assembleias-gerais – Ação de anulação de deliberação assemblear decorrente de voto de acionista com interesse conflitante”, in *Pareceres*, vol. 1, São Paulo, Singular, 2004, pp. 175-184.



na assembleia-geral de credores, o que deveria ser acompanhado de uma adequada e rigorosa aplicação por parte do Poder Judiciário.

Ambos os caminhos buscam efetivar a máxima de que um detentor de crédito de determinada natureza deve exercer o direito de voto a ele atribuído apenas como instrumento para a defesa do interesse decorrente da propriedade detida sobre esse mesmo crédito.

Isso significa que, caso não se decida pelo impedimento do voto nas situações em que o credor possui créditos de diferentes naturezas e, por esse motivo, tem o direito de votar em mais de uma classe de credores, a utilização do direito de voto em determinada classe de credores não pode ter em vista a satisfação de um segundo interesse, o qual, por seu turno, atribui ao seu detentor um outro direito de voto em classe distinta.

Este assunto da utilização do direito de voto em uma classe com intuito de proteger interesse semelhante ao detido por credores de outra classe já foi objeto de ampla discussão nos Estados Unidos. Mas, tendo em vista que lá a classificação dos credores é menos rígida que no Brasil, o debate disse respeito à possibilidade de se classificarem separadamente credores com crédito de mesma natureza.

Mais especificamente, doutrina e jurisprudência ponderam se seria viável separar em classes diferentes os credores quirografários “gerais” e os credores cujo crédito quirografário diz respeito ao valor excedente de um outro crédito garantido. Há casos em que o Judiciário desaprovou referida separação de credores e casos em que ela foi aclamada. Nessas últimas situações acreditou-se que, uma vez proibida a separação dos credores em classes, o detentor de créditos quirografário e garantido usaria seu voto na classe quirografária para defender o valor garantido.<sup>140</sup>

O tema tangencia a polêmica acerca da consideração de interesses indiretos quando da formação das classes. Esta é uma questão que pode ser aventada em ordenamentos que contam com a liberdade de estipulação de classes. Muito embora esse não seja o cenário da lei brasileira, parece de todo relevante cuidar do assunto, na medida em que a estipulação de classes constante do art. 41 da Lei de Recuperação e Falência merece muitas críticas e pode ser aprimorada mediante o estudo de soluções encontradas no Direito Comparado.

140. V. referências e discussão em Scott F. Norberg, “Classification of claims under Chapter 11 of the Bankruptcy Code: the fallacy of interest based classification”, cit., *American Bankruptcy Law Journal* 69 (1995), pp. 157-158, notas de rodapé 194 e 202.

A discussão gira em torno de se entender se a melhor solução para a organização dos interesses dos credores, de forma a favorecer a cooperação entre as partes e estimular a aprovação de um plano de recuperação consensual, seria a classificação dos créditos segundo a existência de interesses indiretos de credores.

A dúvida surge de forma acentuada nos Estados Unidos, pois o *Chapter 11* proíbe expressamente que créditos distintos sejam alocados na mesma classe mas silencia sobre a existência do dever de ordenar todos os créditos semelhantes em uma única classe.

A única permissão para a alocação de créditos similares em classes diferentes encontrada no *Chapter 11* refere-se à colocação, por conveniência administrativa, de pequenos créditos em uma classe separada. Não há qualquer outra referência à classificação separada de créditos similares; ou seja, o *Bankruptcy Code* nem permite nem proíbe sua utilização.

O caso paradigmático acerca do assunto foi o “*In re U. S. Truck Co., Inc.*”, 800 F.2d 581 (6<sup>th</sup> Cir. 1986), em que o Tribunal avaliou a criação, pelo plano apresentado, de duas classes de credores quirografários com base na diferença de interesses por eles detidos. Uma classe era formada por credores quirografários com crédito resultante de relação empregatícia, e outra pelos demais credores quirografários. Aceitou-se a classificação com base no argumento de que os participantes da primeira classe teriam também um interesse “não creditício” que justificaria seu agrupamento diferenciado.<sup>141</sup> A diferença de interesse do detentor do crédito justificaria, portanto, alocar o crédito em posição distinta da dos outros créditos quirografários.<sup>142</sup>

A defesa desse tipo de classificação é feita principalmente por devedores que buscam garantir a aprovação de pelo menos uma das classes de credores para posteriormente solicitarem a utilização do *cram down*, ou seja, a homologação do plano em caso de desaprovação por uma ou mais classes.<sup>143</sup>

141. Cf. Mark S. Scarberry, Kenneth N. Klee, Grant W. Newton e Steve H. Nickles, *Business Reorganization in Bankruptcy – Cases and Materials*, cit., 2<sup>a</sup> ed., pp. 622-626.

142. Interessante notar que a mesma ideia é atualmente defendida na Itália (v. Roberto Sacchi, “Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell’autorità giudiziaria”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 1 (2009), pp. 32-33).

143. De acordo com Linda J. Rusch, “the debtor is not prohibited from dividing substantially similar claims into separate classes for the sole purpose of creating

O tema não é pacífico atualmente, mas muitos tribunais afirmam que o *Bankruptcy Code* estabelece limites à classificação separada de créditos similares, permitindo-a apenas quando razoável e satisfatória sob um senso básico de justiça. A averiguação desses requisitos tem sido feita mediante a constatação de que o devedor tem um motivo legítimo para tratar os créditos de forma distinta ou de que a natureza do crédito – aqui entendida como o interesse detido por determinados credores – garante a classificação separada.<sup>144</sup>

O motivo legítimo tem sido geralmente ligado à comprovação de que a classificação apresentada é imprescindível à reorganização, ou seja, que a restrição à classificação separada de créditos similares causaria danos irreparáveis aos negócios e não permitiria a realização da reorganização.<sup>145</sup>

an accepting class of impaired claims” (“Gerrymandering the Classification Issue in Chapter 11 Reorganizations”, *University of Colorado Law Review* 63 (1992), p. 165). A utilização da organização das classes apenas para os fins de garantir que pelo menos uma delas aprove o plano (também conhecida como *gerrymandering*), todavia, não é facilmente aceita por todos. Sobre o tema, v.: Mark S. Scarberry, Kenneth N. Klee, Grant W. Newton e Steve H. Nickles, *Business Reorganization in Bankruptcy – Cases and Materials*, cit., 2ª ed., pp. 618 e ss.; Scott F. Norberg, “Classification of claims under Chapter 11 of the Bankruptcy Code: the fallacy of interest based classification”, cit., *American Bankruptcy Law Journal* 69 (1995), pp. 119 e ss.; e Bruce H. White, “The new *gerrymandering* – Cross-classification of claims in a joint reorganization plan prior to substantive consolidation”, *American Bankruptcy Institute Journal* 23 (2004), pp. 24-25.

144. Cf. Barbara J. Houser, Thomas S. Henderson, Richard M. Rosenberg, Shari A. Wilkins e Jenny J. Hyun, “Classification of claims”, cit., in American Law Institute/American Bar Association Continuing Legal Education, *ALI-ABA Course of Studies*, 2006, pp. 1.041-1.042.

145. B. J. Houser *et alii* colacionam os seguintes casos em que isso foi aceito como motivo legítimo e permitiu a classificação separada: “*In re Chateaugay Corp.*”, 89 F.3d 942 (2<sup>nd</sup> Cir.1996); “*In re Boston Post Road Ltd. Partnership*”, 21 F.3d 477, 483 (2<sup>d</sup> Cir. 1994); “*In re Greystone III Joint Venture*”, 995 F.2d at 1279; “*In re Holly Garden Apartments, Ltd.*”, 223 B.R. 822, 825 (Bankr. M.D. Fla. 1998); “*In re Kliegl Bros. Universal Electric Stage Lighting Co. Inc.*”, 149 B.R. 306 (Bankr. E.D.N.Y. 1992); “*In re SM 104 Ltd.*”, 160 B.R. 202, 217 (Bankr. S.D. Fla. 1993); “*In re Johnston*”, 140 B.R. 526, 529 (9<sup>th</sup> Cir. BAP 1992); e “*In re Barakat*”, 99 F.3d 1520, 1526 (9<sup>th</sup> Cir. 1996) (Barbara J. Houser, Thomas S. Henderson, Richard M. Rosenberg, Shari A. Wilkins e Jenny J. Hyun, “Classification of claims”, cit., in American Law Institute/American Bar Association Continuing Legal Education, *ALI-ABA Course of Studies*, 2006, p. 1.042). Interessante trecho demonstra a avaliação de especificidades do caso concreto para a aceitação da classificação separada: “Were the debtor unable to satisfy workers’ compensation obligations, he added, the unions representing LTV’s employees would react so negatively as

O argumento de que o crédito a ser classificado separadamente tem natureza distinta poderia ser utilizado em casos como o da “U. S. Truck Co.”, acima tratado. Assim, sendo possível identificar um interesse que se destaca dentre alguns dos detentores de créditos, esse motivo poderia ensejar a criação de uma nova classe.<sup>146</sup>

Tribunais que acatam a classificação separada costumam, ainda, seguir duas linhas de argumentação: (i) a da classificação permissiva e (ii) a da classificação restritiva. De acordo com a primeira, a separação dos créditos em classes justifica-se como meio de permitir que os interesses dos seus detentores possam ser justamente representados quando da votação do plano. Destarte, com base no interesse devido pelos credores o proponente do plano deveria criar as diversas classes. O caso da “U.S. Truck Co.” ilustra essa sugestão. A classificação restritiva, por seu turno, permite apenas que créditos não “substancialmente similares” sejam classificados de forma distinta. Nesse sentido, o devedor permanece com certo grau de discricionariedade para classificar os créditos, mas para criar diferentes classes deve demonstrar que falta similaridade aos créditos classificados separadamente.<sup>147</sup>

O tema foi objeto de recomendação da *National Bankruptcy Review Commission*, que em 1997 apresentou um relatório contendo propostas para o aprimoramento do *Bankruptcy Code*. Sobre a classificação, sugeriu-se que o proponente do plano poderia alocar créditos similares

to jeopardize peaceful labor relations and thereby cast into doubt LTV's ability to secure sales contracts from customers. (...). Congress gave reorganizing debtors considerable flexibility in their treatment of general unsecured creditors to position themselves for future economic viability. (...). The debtors want to use that Code-given flexibility to facilitate a reorganization that will leave LTV strong and successful, a goal consonant with the purpose of § 1.122. (“*In re Chateaugay Corp.*”, 89 F.3d 942, 2d Cir. 1996).

146. A seguinte frase reflete esse requisito: “(...) each class must represent a voting interest that is ‘sufficiently distinct and weighty to merit a separate vote’” (Barbara J. Houser, Thomas S. Henderson, Richard M. Rosenberg, Shari A. Wilkins e Jenny J. Hyun, “Classification of claims”, cit., in American Law Institute/American Bar Association Continuing Legal Education, *ALI-ABA Course of Studies*, 2006, p. 1.045).

147. Cf.: Scott F. Norberg, “Classification of claims under Chapter 11 of the Bankruptcy Code: the fallacy of interest based classification”, cit., *American Bankruptcy Law Journal* 69 (1995), pp. 124-126; e Mark S. Scarberry, Kenneth N. Klee, Grant W. Newton e Steve H. Nickles, *Business Reorganization in Bankruptcy – Cases and Materials*, cit., 2ª ed., pp. 622 e ss.

em classes distintas desde que houvesse justificativa negocial razoável para tanto.<sup>148</sup>

Demonstra-se, assim, que a classificação menos rígida constante do *Chapter 11*, muito embora benéfica, pode trazer complicações e custosas discussões ao processo. Isso não significa, contudo, que a rígida estipulação de classes, conforme feito no Brasil, seja a melhor solução.

Como visto, Países como a Alemanha encontraram soluções mais maleáveis em torno do tema da classificação. De um lado estabelece-se uma regra flexível mas suficientemente precisa a ponto de não permitir a inclusão de créditos de naturezas distintas em uma mesma classe, e de outro permite-se que o interesse específico de determinados credores sirva como justificativa para a criação de uma nova classe.

Caso haja preocupação com os abusos que poderiam ser gerados mediante a organização de créditos de mesma natureza em grupos distintos, a junção do mecanismo germânico com a proposta feita pela *National Bankruptcy Review Commission* norte-americana parece oferecer resposta positiva ao problema. À regra alemã seria acrescentada a necessidade de comprovar que a classificação separada de créditos de mesma natureza seria necessária para que a reorganização pudesse ser alcançada.

Essa seria uma solução que, inclusive, parece ser consentânea com os propósitos da Lei de Recuperação e Falência. Caso se acredite que a recuperação, mediante o respeito aos variados interesses, é o objetivo do sistema brasileiro, torna-se importante permitir que créditos sejam classificados de forma distinta com base na constatação de que isso seria importante para a viabilidade da manutenção da empresa.

Note-se que os efeitos da regra alemã ajustada, conforme indicado acima, poderiam ser alcançados mediante uma interpretação teleológica do art. 41 da Lei de Recuperação e Falência, o qual trata da formação das três classes de credores. Nesse sentido, tendo-se em vista o propósito de composição de interesses, seria possível a criação, dentro da terceira

148. Cf. National Bankruptcy Review Commission, *Bankruptcy: the Next Twenty Years, Final Report*, 1997. O texto da recomendação é o seguinte: "Section 1.122 should be amended to provide that a plan proponent may classify legally similar claims separately if, upon objection, the proponent can demonstrate that the classification is supported by a 'rational business justification'" (disponível em <http://govinfo.library.unt.edu/nbrcreport/12chapt1.html>, acesso em 6.3.2008).

classe de credores, de grupos específicos conforme as características do crédito e os interesses do seu detentor. Sem dúvida, trata-se de proposta bastante avançada, tendo em vista os limites da letra da lei concursal brasileira. Cuida-se, todavia, de caminho mais adequado para que o equilíbrio entre os envolvidos seja efetivamente alcançado.

Como se verá adiante, essa perspectiva acerca da classificação permite, ademais, que as preocupações com a conferência de tratamento igualitário aos credores se tornem mais lógicas e imperiosas.

Por fim, cabe apenas relatar como o tema é tratado pelo sistema francês, alterado em 2005 e em 2008. A participação dos credores organizados em classes, denominadas *comités de créanciers*, foi prevista pelo legislador para os casos de utilização do procedimento de *sauvegarde* por empresas que empreguem mais de 150 trabalhadores e cujo volume de negócios corresponda, no mínimo, a 20 milhões de Euros.<sup>149</sup> Como visto, a *sauvegarde* institui um mecanismo novo que permite que o devedor que ainda não se encontra em estado de cessação de pagamentos busque uma solução à crise empresarial.

A legislação francesa dispõe sobre a constituição de dois grupos de credores, sendo que um é formado pelos principais fornecedores e outro pelos estabelecimentos de crédito (art. L. 626-30 do *Code de Commerce*). Os principais fornecedores são aqueles que possuem mais de 5% dos créditos decorrentes de relações de fornecimento, sendo que o administrador judicial pode solicitar ao magistrado autorização para que outros fornecedores também participem do comitê.<sup>150</sup> As regras quanto à composição do comitê de estabelecimentos de crédito foram modificadas no final de 2008 para incluir a participação de credores considerados

149. Em casos de empresas que não satisfaçam esses critérios o juiz pode, a pedido do devedor ou do administrador judicial, autorizar a constituição dos comitês de credores. Para detalhes sobre o assunto, v.: Régis Valliot, Laurent Le Guerneve e Frédéric Abitbol, "Pratique de la sauvegarde: sauvegarde qui peut", *Cahiers de Droit de l'Entreprise* 2 (2007), pp. 18-23; Pierre-Michel Le Corre, "Sur la loi de sauvegarde des entreprises", *Revue de Jurisprudence Commerciale* 5 (2005), pp. 389-391; Philippe Roussel Galle e Marc Sénéchal, "Créancier d'une entreprise en difficulté, une situation moins inconfortable?", *Cahiers de Droit de l'Entreprise* 2 (2007), p. 42; e Alain Lienhard, *Sauvegarde des Entreprises en Difficulté: le Nouveau Droit des Procédures Collectives*, Paris, Delmas, 2006, pp. 183-186.

150. Acerca do assunto, cf. os comentários de Sabah Boughida e Paul Lombard, "Réforme de la sauvegarde: le nouveau dispositif sera-t-il plus efficace?", *La Semaine Juridique, Édition Entreprise et Affaires* 15 (2009), p. 34.



similares a esses estabelecimentos e de credores que tenham adquirido seus créditos desses mesmos estabelecimentos.<sup>151</sup>

Essa estruturação dos grupos fundamenta-se sobre a distinção entre os interesses detidos por estabelecimentos de créditos e por fornecedores, pois se acredita que os últimos estão preocupados não apenas com o recebimento de créditos mas, em grande medida, com as futuras relações comerciais com o devedor.<sup>152</sup>

#### 4.1.2.2 *O direito de voto: exercício e supressão*

Como visto, o credor tem papel de extrema relevância durante o processo de recuperação judicial – papel, este, que em geral é colocado em prática mediante o exercício do seu direito de voto na assembleia-geral de credores.

O direito de voto do credor e o modo de exercê-lo constituem, portanto, temas fundamentais à Lei de Recuperação e Falência, mas sobre os quais não há disposição clara.

Em face da falta de regra expressa acerca do exercício de tal direito, discute-se se haveria qualquer padrão a guiar a manifestação dos credores, ou se o conteúdo da sua participação na assembleia-geral de credores poderia ser por eles livremente determinado.

Nesse mesmo sentido, avalia-se se os credores estariam autorizados a votar imbuídos pelo interesse próprio de recebimento do respectivo crédito, ou se deveriam utilizar o direito de forma a privilegiar a consecução dos objetivos listados no art. 47 da Lei de Recuperação e Falência.

Sobre o tema, Jorge Lobo<sup>153</sup> ensina que credores e juiz devem adotar uma ponderação de fins quando da recuperação judicial. Tais fins seriam o salvamento da empresa, a manutenção dos empregos e a garantia dos créditos, os quais deveriam ser levados em consideração em vista do

151. Sobre o tema, v. Rod Cork, “Restructuring and insolvency procedures”, in *The 2009 Guide to Insolvency and Restructuring, International Financial Law Review Special Supplement* 2009, p. 23.

152. Cf. Régis Valliot, Laurent Le Guerneve e Frédéric Abitbol, “Pratique de la sauvegarde: sauvegarde qui peut”, cit., *Cahiers de Droit de l'Entreprise* 2 (2007), p. 21.

153. In Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, cit., 2ª ed., pp. 128-130.

princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. Da mesma forma, deveriam eles ponderar princípios, quais sejam, a conservação e a função social da empresa, a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho e a segurança jurídica e efetividade do Direito – o que só poderia ser feito de forma específica, mediante a análise do caso concreto.

Trata-se, sem dúvida, de posição elogiável. Todavia, parece de extrema dificuldade solicitar que credores – em sua maioria agentes de mercado que buscam o lucro – ponderem sobre os fins traçados pela lei quando do exercício do seu direito de voto. A atitude que se pode esperar de cada um dos credores em uma assembleia-geral de credores convocada para deliberar sobre o plano de recuperação é aquela direcionada à melhor satisfação dos créditos.<sup>154</sup> Caso um devedor seja capaz de pagar maior porcentagem de suas dívidas por meio do recurso à recuperação judicial, pode-se acreditar que, com grande probabilidade, os credores reconhecerão sua viabilidade e aprovarão a proposta por ele elaborada. Contudo, em outro cenário, ou seja, caso não reste clara a aptidão de reorganização do devedor e quitação de dívidas, não se pode esperar que os credores privilegiem a recuperação judicial do devedor, em detrimento do seu próprio benefício particular.<sup>155</sup>

Sob outra perspectiva, contudo, muito embora se reconheça a existência de obstáculos à imposição de deveres de voto em prol da recuperação, não se pode deixar de notar que o salvamento da empresa viável é um dos objetivos da lei, e, como tal, deve ser satisfeito. Para tanto devem ser estabelecidos limites e parâmetros ao exercício do direito outorgado aos credores, evitando, assim, abusos por parte daqueles que irão decidir o futuro do devedor.

154. Cf. Alberto Camiña Moreira, “Poderes da assembleia de credores, do juiz e a atividade do Ministério Público”, in Luiz Fernando Valente de Paiva (coord.), *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 254-255.

155. Ressalva deve ser feita aos casos de conflito de interesses formal entre o credor votante e o devedor. Exemplo disso são as situações como as de um credor que em sua atividade empresarial concorre com aquela desempenhada pelo devedor. Não por outro motivo, podem ser identificados nos Estados Unidos casos de desqualificação de votos de credores que tentam impedir a aprovação de uma proposta de reorganização do concorrente (cf. David A. Skeel Jr., “Corporate anatomy lessons”, *Yale Law Journal* 113 (2004), p. 1.555). No mesmo sentido, v. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, in Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*, cit., 2ª ed., p. 193.



Assim, da mesma forma que o trato da matéria não deve permanecer como se encontra – ou seja, sem qualquer critério de controle sobre o voto do credor –, não se pode exigir que um credor vote sempre a favor da recuperação da empresa. A possibilidade de optar pela falência faz parte da decisão de política legislativa de atribuir aos credores a deliberação sobre a crise empresarial. Contudo, os reconhecidos objetivos e princípios do instituto da recuperação judicial não podem ser esquecidos, e devem ser utilizados para a criação de regras tendentes à avaliação do voto dos credores.

O art. 47 institui princípios norteadores dos procedimentos concursais e declara os interesses que devem ser protegidos quando da crise da empresa. O conjunto de normas constantes da Lei de Recuperação e Falência está, portanto, orientado para a composição da ampla gama de interesses abarcada pela empresa.

Para coadunar as finalidades do instituto com o poder conferido aos credores, deve-se ter em mente que (i) a recuperação privilegiada pela lei é a que diz respeito às empresas viáveis, e que a viabilidade deve ser apreciada pelos credores;<sup>156</sup> (ii) a eventual decisão pela liquidação não significará necessariamente o prejuízo à “manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores”, na medida em que, nos termos do art. 75, a falência, instituto profundamente modificado sob a Lei de Recuperação e Falência, “visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos”; e (iii) não se pode permitir o abuso do direito conferido aos credores<sup>157</sup> – motivo pelo qual se torna urgente o desenvolvimento de uma teoria sobre o abuso do direito de voto por credores.

Considerando-se que a amplitude do tema do abuso do direito de voto ultrapassa os limites e finalidades do presente estudo, este não parece ser o local mais apropriado para traçar sugestões. Essa prática poderia até mesmo ser caracterizada como infundada, na medida em que o assunto não foi objeto de pesquisa específica. Todavia, muito embora não se possa delinear uma proposta, ainda que bastante inicial, sobre o assunto, a exploração feita acerca do direito concursal como um todo

156. Nesse sentido, não se pretende seja o argumento da preservação utilizado para fundamentar recuperações inexecutáveis.

157. Este também é o entendimento de Jorge Lobo (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. 173).

permitiu o desenvolvimento de critérios para a avaliação dos votos dissidentes quando da fase de homologação do plano aprovado pelas maiorias necessárias (item 4.1.3.3, *infra*). Isso significa que apenas foi possível imaginar como considerar a abusividade do voto que rejeita o plano em casos de deliberação favorável à concessão da recuperação judicial. Esclareça-se, assim, que não se buscou, tampouco se logrou, criar um parâmetro para a avaliação do voto do credor em casos gerais.

De toda maneira, a teoria geral sobre o abuso do direito<sup>158</sup> fornece dados importantes para o posterior desenvolvimento específico da matéria no que tange ao direito de voto na assembleia-geral de credores.

Sabe-se que o Código Civil brasileiro dispõe sobre o abuso de direito, classificando-o como ato ilícito. Nos termos do art. 187 do referido diploma, considera-se um direito abusivamente exercido sempre que o fim econômico ou social, a boa-fé<sup>159</sup> e/ou os bons costumes forem manifestamente desrespeitados.<sup>160</sup>

A avaliação da abusividade do exercício do direito de voto proferido por um credor deve, portanto, pautar-se pela proibição, expressa

158. Aldo Ferrari lembra que a compreensão do abuso do direito deve passar, preliminarmente, pela superação do dogma do direito subjetivo absoluto (*L'Abuso del Diritto nelle Società*, Padova, CEDAM, 1998, p. 4).

159. Trata-se da boa-fé objetiva (sobre o assunto, v. Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*, São Paulo, Ed. RT, 1999, e *Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé*, 2006, disponível em <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/CostaJudith.pdf>, acesso em 10.9.2009). Para Eduardo Ferreira Jordão o critério exato do abuso de direito é a violação à boa-fé (*Repensando a Teoria do Abuso de Direito*, Salvador, JusPodium, 2006, pp. 102-105). V. também: José Manuel Martín Bernal, *El Abuso Del Derecho (Exposición, Descripción y Valoración del Mismo)*, Madrid, Montecorvo, 1982, pp. 187-202; e Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 143-145 (que ressalta o dever genérico de respeito aos interesses dos demais). Especificamente para casos de recuperação de empresas, Roberto Sacchi atenta para o dever, imposto aos credores, de observância dos ditames da boa-fé quando da manifestação de voto acerca de plano apresentado pelo devedor (“Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell’ autorità giudiziaria”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 1 (2009), p. 35). Também sobre a boa-fé nos procedimentos concursais, v. Tribunale di Napoli, “Sez. VII, decr., 22 ottobre 2008”, *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 4, 2009.

160. A aproximação entre a figura do abuso do direito e o desvio com relação à função socioeconômica, que justifica a existência do direito, também já foi apontada pela doutrina (cf. Aldo Ferrari, *L'Abuso del Diritto nelle Società*, cit., p. 5).

em lei, da violação dos três valores indicados.<sup>161</sup> No que tange aos fins do direito de voto, importa ressaltar que suas finalidades econômica e social precisam ser observadas. Destarte, não obstante o direito de voto tenha sido atribuído ao seu titular como importante mecanismo de defesa de seu interesse creditório (finalidade econômica), trata-se também de instrumento essencial à implementação do princípio da preservação da empresa (finalidade social) – máxima, como visto, do direito concursal brasileiro e intimamente relacionado ao respeito aos interesses abrangidos pela empresa.<sup>162</sup>

Assim, o exercício do direito de voto que manifestamente ultrapasse os limites dos fins econômicos ou sociais desse mesmo direito pode ser considerado abusivo. Note-se que a consequência de um abuso do direito não se resume à indenização dos danos causados.<sup>163</sup> De acordo

161. O tratamento conferido ao abuso de direito pelo Código Civil de 2002 baseou-se no princípio da socialidade, ressaltando-se que o exercício de um direito não pode desrespeitar aspectos éticos e sociais da comunidade em que o titular do direito está inserido (cf. Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger, *Abuso do Direito*, São Paulo, Atlas, 2007, pp. 70-71).

162. Interessante notar que, consoante a teoria geral do abuso de direito, o abuso é verificado justamente nas situações em que o exercício de um direito provoca desequilíbrio entre os interesses protegidos. Confira-se: “(...) O direito não é conferido ao indivíduo como instrumento de gozo ou de satisfação de apetites, para que se possam extrair dele utilidades puramente egoísticas, à custa dos superiores interesses da coletividade. As prerrogativas individuais estão condicionadas a um fim – que é a harmonia social. E, para que essa se torne possível, é necessário que se procure assegurar a coexistência dos interesses, removendo-se ou atenuando-se os conflitos. Desde que o exercício do direito se realize em desconformidade com essa destinação, de maneira perturbadora do equilíbrio dos interesses juridicamente protegidos, que se enfrentam nas relações sociais, é claro que deixa de ser lícito para ser reprovável” (Pedro Baptista Martins, *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 171).

163. Cf. Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger, *Abuso do Direito*, cit., pp. 105-106. E, para considerações sobre o tema no âmbito do direito acionário, v. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, *Conflito de Interesses nas Assembleias de S/A*, cit., pp. 98-101. Em sentido contrário, Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, em comentários à Lei das Sociedades por Ações, manifestaram entendimento no sentido de que ao exercício abusivo do direito de voto corresponde o dever de responder por perdas e danos. Para os autores a anulação seria aplicável apenas às deliberações tomadas com o voto proferido em conflito de interesses, nos termos do § 1º do art. 115 (*Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, cit., vol. 1, p. 277). Também Fábio Ulhoa Coelho interpreta o art. 115 da lei acionária no sentido de que o voto abusivo apenas acarreta o dever de indenizar os prejuízos causados, não sendo causa de invalidação da assembleia. De acordo com o autor, este resultado apenas seria possível em situações de voto conflitante,

com Eduardo Ferreira Jordão,<sup>164</sup> o abuso de direito pode ser classificado como indenizante, autorizante, nulificante ou caduficante, conforme os efeitos jurídicos por ele produzidos. No caso do abuso de direito no exercício do voto, a invalidade do voto abusivo parece ser a solução cabível,<sup>165</sup> sendo que, caso o voto abusivo se apresente determinante à formação da maioria, o correto seria dizer que a deliberação assemblear será anulável.<sup>166</sup>

Há, todavia, que se lamentar a ausência de previsão sobre o assunto na Lei de Recuperação e Falência. Essa lacuna faz com que o intérprete tenha que se voltar, na busca da regra aplicável, ao Código Civil, subsidiariamente aplicável à lei concursal. Ocorre que o diploma civil, em desarmonia com a Lei das Sociedades por Ações, não prevê a anulação de deliberação tomada em decorrência de voto conflitante – que, como se sabe, é espécie de voto abusivo.<sup>167</sup> A única sanção ali cogitada é a de responsabilidade por perdas e danos, a qual se demonstra insuficiente para lidar com os casos de abuso no direito de voto de credores em recuperação judicial.

Mister observar que o direito empresarial conhece outros casos de abuso do direito de voto, os quais constituem matéria de extrema relevância.<sup>168</sup> Ao tema deve-se atribuir igual ou superior destaque nos casos

disciplinadas no § 1º do mesmo dispositivo legal (*Curso de Direito Comercial*, 9ª ed., vol. 2, São Paulo, Saraiva, 2006, pp. 312-313).

164. Eduardo Ferreira Jordão, *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*, cit., p. 122.

165. Roberto Sacchi, ao defender a imprescindibilidade da homogeneidade de interesses entre os participantes de uma mesma classe de credores, indicando ser essa característica necessária para justificar a aplicação do princípio majoritário e a vinculação dos credores dissidentes, defende, com base em regras de direito societário, “la sterilizzazione del voto” sempre que estiver presente a interferência de interesses atípicos aos votantes (“Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell’autorità giudiziaria”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 1 (2009), p. 32).

166. Cf. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, in Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*, cit., 2ª ed., p. 194.

167. Idem, p. 193.

168. Sobre o assunto, v. as seguintes obras de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França: *Conflito de Interesses nas Assembleias de S/A*, cit., e *Invalidade das Deliberações de Assembleia das S/A*, São Paulo, Malheiros Editores, 1999. Cf. também Héctor Alegria, “El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas”, in “Abuso del Derecho”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 16 (1998), pp. 319-392.

de recuperação judicial de sociedades por ações, os quais, com extrema frequência, envolvem amplos interesses, que, muito embora sejam merecedores de tutela, encontram restritos mecanismos de defesa.<sup>169</sup>

Nesse sentido, a doutrina italiana,<sup>170</sup> inspirada na experiência do direito societário, afirma que também no direito concursal o bom funcionamento da regra da maioria depende (i) da comunhão de interesses entre os membros do grupo,<sup>171</sup> (ii) da previsão de limites ao poder da maioria, consistentes no respeito aos direitos individuais dos participantes,<sup>172</sup> e (iii) do devido exercício do direito de voto.<sup>173</sup>

Feitas estas considerações acerca do exercício do direito de voto pelo credor em situações que podem ser denominadas corriqueiras, cabe, ainda, enfrentar a questão nos casos em que o credor possui direito de voto em mais de uma classe de credores.

Inicialmente há que se ressaltar que em ambientes ideais a atribuição do direito de voto a um mesmo credor em mais de uma classe não parece ser um mal em si. O problema surge nos casos em que o credor utiliza seu direito de voto em determinada classe buscando atingir a melhor satisfação de um outro crédito que não aquele que lhe franqueou a participação na classe em questão.

Considerando-se que o direito de voto foi concedido ao credor para que ele tivesse uma maneira de representar o interesse decorrente de seu crédito e que a divisão em classes foi criada para organizar interesses, aglutinando os homogêneos, nada mais natural que exigir que um credor

169. Para mais detalhes sobre o tema, v. o item 4.1.2.4, abaixo.

170. Cf.: Lorenzo Stanghellini, “Creditori ‘forti’ e governo della crisi d’impresa nelle nuove procedure concorsuali”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 4 (2006), p. 381; e Giovanni Lo Cascio, “Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?”, *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 9 (2008), p. 999.

171. Consoante indicado linhas acima. Sobre o tema, Andrea Maria Azzaro ensina que a vinculação da minoria à decisão da maioria decorre da função que se atribui ao voto, que é a de enunciar a apreciação feita pelos membros da assembleia – apreciação, esta, que não é feita no interesse particular, mas no interesse comum (“Concordato preventivo e autonomia privata”, *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 11 (2007), p. 1.269).

172. Sobre o tema, v. item 4.1.3, abaixo.

173. Conforme tratado acima, ao se fazer referência ao exercício abusivo do direito de voto.

cuja manifestação é permitida em mais de um núcleo de interesses vote em cada um deles apenas em prol daquele mesmo centro de interesses<sup>174</sup> de que participa no momento do exercício do seu direito de voto. Assim, também para que se possa exigir uma manifestação de voto no interesse comum, é importante que os credores estejam organizados em classes que adequadamente separem os interesses homogêneos, conforme defendido no item 4.1.2.1, acima.<sup>175</sup>

Portanto, deverão ser estimuladas participações imbuídas apenas pelo interesse que prevalece no respectivo grupo.<sup>176</sup> Defende-se, assim, que o credor deve votar – respeitados os limites de abusividade acima indicados – apenas no desejo da melhor satisfação daquele determinado crédito que lhe possibilitou a atribuição do direito de voto na classe em questão. Haveria, portanto, um interesse comum aos credores que participam de determinada classe, cuja satisfação deveria ser buscada mediante o exercício do direito de voto.<sup>177</sup>

174. No mesmo sentido, v. Andrea Maria Azzaro, “Le funzioni del concordato preventivo tra crisi e insolvenza”, *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 7 (2007), p. 745.

175. A avaliação acerca da correta formação das classes deve ser atribuída ao juiz (cf.: Axel Flessner, in Dieter Eichmann, Axel Flessner, Friedrich Irschlinger, Hans-Peter Kirchhof, Gerhart Kreft, Hans-Georg Landfermann, Wolfgang Marotzke e Guido Stephan, *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., 4ª ed., p. 1.069; Stefan Smid e Rolf Rattunde, *Der Insolvenzplan*, cit., pp. 192-193, RdNr. 9.13 e 9.14; Harald Hess, *Sanierungshandbuch*, cit., 4ª ed., p. 1.131; Paolo Catalozzi, “Concordato preventivo: sindacato sulla fattibilità del piano e tecniche di tutela dei creditori ‘deboli’”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 3 (2007), pp. 338-339; e Roberto Sacchi, “Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell’autorità giudiziaria”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 1 (2009), p. 33).

176. Sobre o tema, Massimo Fabiani afirma que o credor deve exercer seu direito no interesse da comunidade de credores “homogêneos” (“Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 4 (2009), pp. 438-439). Cabe ressaltar, todavia, que há quem julgue ser ilusório imaginar que o credor não se manifestará de forma egoística, mas no interesse da comunidade de credores (v. Giuseppe Bozza, “La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 4 (2009), p. 428).

177. Mais uma vez podem ser feitas referências aos estudos relacionados à assembleia de debenturistas prevista na Lei das Sociedades por Ações. Sobre o tema do exercício do direito de voto na assembleia de debenturista e seu eventual abuso, confira-se o entendimento de Modesto Carvalhosa: “Deve-se cogitar do abuso do direito



Um bom exemplo do quadro ora em discussão refere-se à possível participação de um credor na classe dos garantidos e na classe dos quirografários, seja em decorrência da insuficiência do valor de sua garantia, seja porque o credor detém créditos das duas naturezas – ou seja, garantidos e sem garantias. Pode-se imaginar uma situação em que o referido credor, percebendo ser a ele mais vantajosa a liquidação do devedor, na medida em que seus créditos quirografários são de difícil satisfação sob a falência mas que seus créditos garantidos, de imensa monta, podem ser imediatamente satisfeitos em caso de realização do ativo do devedor, exerça seu direito de voto em ambas as classes de forma contrária à recuperação do devedor. Percebe-se, nessa simples ilustração, que o credor usou seu direito de voto na terceira classe de forma a satisfazer o interesse que tem em decorrência do crédito garantido.

O que se defende é exatamente que se exija do credor a utilização do direito de voto em determinada classe em prol da melhor satisfação do crédito cuja detenção lhe atribui a participação no mesmo grupo.<sup>178</sup> No caso em tela, a manifestação do credor na terceira classe destoou daquela que seria esperada em vista dos interesses dos participantes do grupo.

Como visto no item 4.1.2.1, acima, outra solução diz respeito à classificação separada de créditos de mesma natureza. No caso de credores garantidos que também possuem créditos quirografários o caminho seria criar uma nova classe de quirografários, para que aqueles ficassem impedidos de ditar ou influenciar os resultados em mais de um grupo

de voto por parte do debenturista presente à assembleia. Será caracterizado quando ficar evidente que procura ele defender os seus interesses individuais, em confronto com os da comunhão, perturbando os trabalhos com argumentos sem consistência e apresentando moções obstrutivas” (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, cit., 5ª ed., vol. 1, p. 836). A proposta indicada no corpo do texto coaduna-se com a ideia de que o participante de uma coletividade não deve votar em assembleia de forma a privilegiar seu interesse próprio, em detrimento daquele que é comungado por todos os demais. Paralelo semelhante é feito por Massimo Fabiani entre o dever de voto a favor do bem comum imposto aos credores e aos acionistas (“Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 4 (2009), p. 443).

178. Uma maneira de fugir da difícil análise acerca da correta utilização do direito de voto em vista do interesse do grupo em cada caso concreto seria a criação de regras específicas sobre o exercício do direito. Um exemplo seria computar o voto do credor em apenas uma classe nas situações em que uma das classes da qual ele participa tiver sido prejudicada em decorrência da sua manifestação.

de credores. Esse recurso, todavia, conforme esclarecido, encontra obstáculos em sua aplicação no Brasil devido à rigidez com que o tema da classificação dos credores foi tratado no País.

#### 4.1.2.3 *A deliberação sobre o plano de recuperação*

Conforme acima mencionado, caso algum credor apresente objeção ao plano de recuperação proposto pelo devedor, o juiz deverá convocar a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano.<sup>179</sup>

Essa determinação coaduna-se com o disposto no art. 35, I, “a”, da Lei de Recuperação e Falência, segundo o qual uma das atribuições da assembleia-geral de credores<sup>180</sup> é aprovar, rejeitar ou modificar o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.<sup>181</sup> Os três casos serão analisados abaixo, seguindo-se uma ordem de gravidade crescente em caso de empresa viável – ou seja, a aprovação, a modificação e a rejeição do plano.

Antes disso, contudo, cabe notar que, ao votarem sobre o futuro da companhia em crise, os credores muitas vezes não estão dotados de informações suficientes a embasar uma tomada de decisão de tamanha relevância.

Em vista disso, dever-se-ia tentar garantir a concessão de informações mínimas acerca da situação jurídica, financeira e econômica do devedor.<sup>182</sup> De fato, o estudo do Direito estrangeiro caminha nesse sentido.

179. A objeção do credor tem caráter contestatório e pode dizer respeito a requisitos formais ou materiais do plano apresentado. A afirmação da objeção como requisito à convocação da assembleia também pode ser encontrada em decisão judicial (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 990.10.005006-0, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 6.4.2010).

180. Para comentários acerca da assembleia-geral de credores, v.: Jorge Lobo, in Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, cit., 2ª ed., pp. 90-95; e Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, in Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*, cit., 2ª ed., pp. 186-196.

181. Note-se que, infelizmente, a Lei de Recuperação e Falência não previu a possibilidade de outros interessados proporem planos de recuperação. Portanto, a legitimidade para tanto é restrita ao próprio devedor, conforme visto no item 4.1.1, acima.

182. A prestação de informações adequadas é, inclusive, considerada uma condição mínima para que a autonomia privada dos credores possa operar (cf. Roberto Sacchi, “Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato



O *Chapter 11*, por exemplo, que também atribui aos credores a deliberação sobre o plano de recuperação, exige sufrágio informado. Assim, as manifestações de credores e detentores de *equity securities* só podem ser obtidas após a comprovação de que as partes votantes receberam informação adequada<sup>183</sup> sobre o plano e a situação financeira do devedor. Por isso, antes de iniciar a colheita de votos o proponente do plano deve obter a aprovação judicial de um *disclosure statement*, que deve conter os dados citados. Uma vez aprovado, referido documento deve ser enviado a todos os detentores de direito de voto sobre o plano (§ 1.125 do *Bankruptcy Code*).

Os votantes recebem um pacote contendo os seguintes documentos: o *disclosure statement* aprovado, uma cópia da decisão judicial (ou do seu resumo) que aprova o documento, uma cédula para votação,<sup>184</sup> o plano ou um resumo judicialmente aprovado do plano, notificação acerca do prazo para apresentar o voto, notificação acerca do prazo para apresentar objeções à confirmação do plano e notificação sobre a data designada para a audiência de confirmação (*Rule 3.017(d)*). Apenas a partir desse momento é que os votos podem ser recebidos.

Ainda que de maneira menos intensa, o Direito Espanhol também demonstra preocupação com a concessão de informações aos credores. O art. 120 da *Ley 22/2003* dispõe sobre o direito de informação que têm aqueles que comparecem à assembleia, os quais podem solicitar esclarecimentos sobre a atuação da administração concursal e sobre as propostas de *convenio*, dentre outros assuntos.

A divulgação de informações adequadas, portanto, deveria preceder toda e qualquer manifestação do credor sobre o plano apresenta-

dell' autorità giudiziaria", cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 1 (2009), p. 32).

183. O termo é definido pelo § 1.125(a)(1): “‘(...) adequate information’ means information of a kind, and in sufficient detail, as far as is reasonably practicable in light of the nature and history of the debtor and the condition of the debtor’s books and records, that would enable a hypothetical reasonable investor typical of holders of claims or interests of the relevant class to make an informed judgment about the plan, but adequate information need not include such information about any other possible or proposed plan”.

184. Um modelo da cédula de votação entregue a cada credor para manifestar seu voto pode ser encontrado em Mark S. Scarberry, Kenneth N. Klee, Grant W. Newton e Steve H. Nickles, *Business Reorganization in Bankruptcy – Cases and Materials*, cit., 2ª ed., pp. 910-911.

do.<sup>185</sup> Isso, todavia, não é o que ocorre no Brasil. Na verdade, apesar de haver previsão legal da apresentação de estudo sobre a viabilidade econômica do plano e de laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens, não se encontram preocupações sobre a avaliação da adequação das informações ali prestadas e, além disso, a jurisprudência tende a piorar os níveis de informação dos interessados<sup>186</sup> e já enfrenta pedidos para que recuperandos sejam obrigados a fornecer informações.<sup>187</sup> Acredita-se que cabe ao Judiciário avaliar se o devedor forneceu dados adequados e suficientes para que os credores possam tomar uma decisão verdadeiramente informada.<sup>188</sup>

185. O acesso a informações amplas e adequadas é considerado de extrema relevância não apenas para os credores, mas para todos os interessados na reestruturação da empresa. Sobre o tema, v. Axel Flessner, *Sanierung und Reorganisation: Insolvenzverfahren für Großunternehmen in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Untersuchung*, cit., p. 274. Ressaltando a importância do acesso a informações completas e confiáveis, v. Gaetano Presti, “Rigore è quando arbitro fischia?”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 1 (2009), p. 29.

186. Em caso avaliado pelo TJSP entendeu-se que mesmo um aditivo ao plano de recuperação apresentado pelo devedor não precisaria ter sido conhecido e avaliado pelos credores quando de sua votação em assembleia-geral. Trata-se, efetivamente, de exigir que se delibere sobre um documento de extrema relevância mas acerca do qual pouca informação se tem e se pode angariar no próprio momento em que o voto deve ser manifestado. Confira-se: “Com relação ao aditivo ao plano, aprovado pela assembleia-geral de credores, o legislador não exigiu o prévio conhecimento. Apresentado na assembleia, e aprovado pelo quórum do art. 45 da lei, somente poderia acarretar a recusa à concessão da recuperação judicial se faltasse a concordância da devedora ou se implicasse a diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes àquele ato (art. 56, § 3º), hipóteses inócenas no caso em exame” (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 459.929.4/7-00, rel. Des. Bóris Kauffmann, j. 6.12.2006).

187. Esse foi o caso do AI 474 768.4/1-00, apresentado por credores da Vasp – Viação Aérea São Paulo S/A e provido pela Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do TJSP em 1.8.2007, nos termos no voto do Relator, Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. Destaque-se que em outra ocasião se impediu a realização de leilão devido à intempestiva disponibilidade de informações (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, MS 533.556-4/3-00, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 28.5.2008).

188. No mesmo sentido, afirmando que o Judiciário deve proceder ao controle acerca da adequação das informações quando do juízo sobre a admissibilidade do pedido de abertura do procedimento, v. Roberto Sacchi, “Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell’autorità giudiziaria”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 1 (2009), p. 32.

#### 4.1.2.3.1 A aprovação do plano de recuperação

A aprovação do plano de recuperação judicial levado à apreciação da assembleia-geral de credores depende do consentimento das três classes de credores acima apontadas, quais sejam: classes formadas por (i) titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; (ii) titulares de créditos com garantia real; e (iii) titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral e subordinados.

A concordância da classe trabalhista é obtida mediante a anuência da maioria simples dos credores presentes à assembleia, independentemente do valor do crédito (art. 45, § 2º). Nas demais classes exige-se dupla maioria: aprovação da maioria simples dos presentes e de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia (art. 45, § 1º).

Quer-se, com isso, que os interesses organizados em classes estejam minimamente satisfeitos, tendo em vista as disposições constantes do plano de recuperação elaborado pelo devedor. Solicitar a aprovação de todas as classes cujos componentes sejam afetados pelo plano é, conforme acima mencionado, um meio de buscar a previsão de benefícios a todos os envolvidos.<sup>189</sup>

Também a estipulação de quóruns mais rígidos para a aprovação do plano representa preocupação com o mais completo contentamento dos integrantes das classes de credores. A exigência de dupla maioria na classe de credores garantidos e na terceira classe busca restringir os casos de favorecimento (i) a credores mais representativos, que, em vista da quantidade de crédito detida, seriam suficientes à aprovação do plano, ou (ii) a determinado número de componentes da classe, sem levar em consideração os valores a eles devidos.

Também importa referir que o quórum para aceitação do plano de recuperação difere daquele exigido para a aprovação de outras matérias

189. O procedimento de *sauvegarde* recentemente inserido no sistema francês também prevê a manifestação de dois grupos de credores (v. item 4.1.2.1, acima) acerca de um plano apresentado pelo devedor. A aprovação do plano é obtida mediante a concordância de credores representantes de pelo menos dois terços do montante dos créditos (art. L. 626-30-2 do *Code de Commerce*). Interessante notar que a última reforma do Direito Francês, ocorrida no final de 2008 e em vigor desde 15.2.2009, afastou o requisito de aprovação numérica dos credores, previamente consistente na necessidade de que 51% dos credores fossem favoráveis ao plano.

submetidas à assembleia-geral de credores. Na generalidade dos casos, conforme estipula o art. 42 da Lei de Recuperação e Falência, ao contrário das maiorias necessárias para a aprovação do plano, exige-se apenas a obtenção de votos favoráveis representantes de mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia.

Isso demonstra que a deliberação acerca do plano de recuperação foi considerada a mais relevante de todo o procedimento; e, por esse motivo, o legislador entendeu por bem dotá-la de maior complexidade.

Há que se notar, ainda, que alguns credores não são admitidos à votação na assembleia-geral de credores. Credores cujos créditos não sejam alterados pelo plano não têm direito de voto e não são contados para fins de verificação do quórum de deliberação (art. 45, § 3º). Trata-se de medida encontrada no Direito estrangeiro.<sup>190</sup>

Da mesma forma, nos termos do art. 43, “os sócios do devedor, bem como as sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% (dez por cento) do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10% (dez por cento) do capital social”, não têm direito de voto na assembleia-geral de credores. Considerando-se que – como o próprio nome diz – a assembleia-geral de credores é composta apenas por credores, essa regra aplica-se aos sócios e sociedades que, além de terem uma relação societária com o devedor, também detenham créditos contra ele.

Essa constatação traz à baila duas considerações. A primeira delas a indicar que o impedimento à participação de “sócios do devedor”, sem a indicação de que a restrição seria aplicável a sócios cuja participação fosse relevante, acarreta o completo desincentivo à alocação de recursos à sociedade devedora. De fato, todo e qualquer acionista evitará, por exemplo, a concessão de empréstimos ao devedor, pois sua qualidade de credor não lhe conferirá participação no processo de recuperação, pelo fato de o detentor de crédito também participar do capital social da

190. No Direito Norte-Americano apenas os *impaired creditors* – ou seja, aqueles que teriam seus créditos afetados pelo plano – são admitidos à votação (§ 1.126(f)). Note-se que a expressão *impaired creditors* está sendo utilizada no texto para facilitar a linguagem, pois, na verdade, a regra de afetação aplica-se aos detentores de créditos e detentores de *ownership interests*. A mesma regra é encontrada no Direito Alemão (*Insolvenzordnung*, § 237(2)) e no Direito Português (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas/CIRE, art. 212º, 2).

sociedade em crise. A segunda constatação é a de que todos os acionistas – aí incluídos os minoritários – foram afastados do núcleo decisório da recuperação judicial.<sup>191</sup>

Uma vez aprovado o plano pela assembleia-geral de credores e cumpridas as exigências contidas na Lei de Recuperação e Falência, o juiz concede a recuperação judicial ao devedor. A decisão que conceder a recuperação constitui título executivo judicial e contra ela cabe agravo, que pode ser interposto pelo Ministério Público e por qualquer credor. Cabe destacar que ao juiz aparentemente se concede o simples papel de homologar a decisão dos credores.<sup>192</sup> Todavia, conforme visto, a ele deve caber a fundamental função de, entre outras, apreciar a boa-fé das

191. Para outros comentários acerca da não participação do minoritário, v. o item 3.3.2.4, acima.

192. A própria jurisprudência dá sinais de que reconhece a atribuição legal conferida aos credores para a aprovação ou rejeição do plano: “Na recuperação judicial, o magistrado não vai examinar se o plano tem, ou não, condições de viabilizar a superação de crise econômico-financeira do devedor, exame que é dos credores em assembleia-geral; ele apenas vai verificar se não houve qualquer objeção ao plano apresentado, ou, tendo havido, se na assembleia-geral dos credores foram obtidos os votos necessários para possibilitar a concessão da recuperação judicial pretendida” (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 459.927.4/8-00, rel. Des. Bóris Kauffmann, j. 8.11.2006); “Disto resulta que, afora as divergências a respeito da lista de credores elaborada pelo administrador judicial, o exame da regularidade da assembleia-geral de credores, quer no tocante à sua convocação, quer na sua realização, e a faculdade de concessão da recuperação em razão do quórum do art. 58, § 1º, da Lei n. 11.101/2005, as demais questões são examinadas e decididas pela assembleia-geral dos credores, pois, como se viu, a ela compete, segundo o art. 56, deliberar a respeito do plano de recuperação judicial” (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 459.925.4/9-00, rel. Des. Bóris Kauffmann, j. 17.1.2007). De forma semelhante, na Itália a jurisprudência indica que o Judiciário deve apenas conferir o alcance da maioria necessária à aprovação do plano sempre que não for apresentada qualquer oposição por parte de credores dissidentes (v. Tribunale di Milano, “Sez. II, 16 febbraio 2007, n. 446, decr.”, *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 5/548-549, 2007).

Em sentido contrário, para a afirmação de que o juiz deve avaliar se o plano é factível e exequível, v. Tribunale di Milano, “Sez. II, 2 ottobre 2006, n. 10642, decr.”, *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 3/331-333, 2007. E para críticas a esse posicionamento: Paolo Catalozzi, “Concordato preventivo: sindacato sulla fattibilità del piano e tecniche di tutela dei creditori ‘deboli’”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 3 (2007), pp. 333-339.

partes e o correto exercício do direito de voto pelos credores, identificando casos de abuso.<sup>193</sup>

Acerca da exigência contida na Lei de Recuperação e Falência no sentido de que a aprovação do plano se sujeite à aquiescência de todas as classes de credores por ele afetadas, cabe notar que algumas legislações concursais que também contam com o mecanismo de aprovação de planos pelos credores buscaram evitar situações em que a discordância de alguma classe de credores, que recebesse tratamento equitativo sob o plano, pudesse barrar a proposta de reorganização.<sup>194</sup>

O legislador brasileiro também vislumbrou essa circunstância e previu, no art. 58, §§ 1º e 2º, a possibilidade de o juiz superar o veto de uma das classes de credores. É disso que se passa a tratar.

193. A atribuição aos credores de decisão absoluta acerca da recuperação não é considerada adequada por todos; e, por esse motivo, destaca-se a relevância do papel do juiz na análise da questão: “Se l’obiettivo perseguito sono il risanamento dell’impresa e il pagamento dei creditori il giudizio sulla congruità del piano di risanamento non dovrebbe essere rimesso in maniera determinante alla ‘volontà’ dei creditori, bensì appunto ad una valutazione *super partes*, la quale non potrebbe che essere affidata al giudice (ed agli esperti che questi abbia nominato)” (Alberto Jorio, “Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi”, cit., *Giurisprudenza Commerciale* I (1994), p. 552). Com outros fundamentos, há quem aponte que a participação do Judiciário justifica-se em vista de interesses gerais, e, especialmente em sua atividade de homologação do plano, destina-se a garantir o respeito a regras procedimentais que visam à adequada formação da vontade dos credores, individualmente e como um grupo (cf. Paolo Catalozzi, “Concordato preventivo: sindacato sulla fattibilità del piano e tecniche di tutela dei creditori ‘deboli’”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 3 (2007), pp. 337-339).

194. V., por exemplo, o § 1.129(b)(2) do *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* norte-americano (mecanismo denominado pela doutrina de *cram down*), o § 245 da *Insolvenzordnung* e o art. 258 do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas português (nesse caso, a superação do veto aplica-se apenas a procedimentos relativos a devedores não empresários e titulares de pequenas empresas). Para uma breve visão geral sobre o assunto, v.: Kenneth N. Klee, “All you ever wanted to know about cram down under the new Bankruptcy Code”, *American Bankruptcy Law Journal* 53 (1979), pp. 137-138, e “Cram down II”, *American Bankruptcy Law Journal* 64 (1990), pp. 229-244; Richard Maloy, “A primer on cram down – How and why it works”, *St. Thomas Law Review* 16 (2003-2004), pp. 7 e 13; Irving D. Labovitz, “Outline of ‘cram down’ provisions under Chapter 11 of the Bankruptcy Reform Act of 1978”, *Commercial Law Journal* 86 (1981), pp. 51-56, 1981; Catarina Serra, *O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004, pp. 74-75 (com relação a devedores pessoas singulares); e Dora Berger, *A Insolvência no Brasil e na Alemanha*, cit., pp. 37-38 e 157-159.



4.1.2.3.2 A superação do veto de uma classe de credores:  
o *cram down* brasileiro como a importação incompleta  
de um relevante instrumento

Como visto acima, a Lei de Recuperação e Falência exige para a aprovação do plano de recuperação que as três classes de credores consentam, mediante a aceitação das majorias legalmente previstas, com os termos propostos pelo devedor.

Isso significa que caso uma das classes de credores não concorde com o pagamento oferecido pelo devedor a recuperação judicial não pode ser concedida. Ocorre, contudo, que a Lei de Recuperação e Falência contém dispositivos voltados a cuidar dessas situações e a evitar que o pedido de recuperação judicial seja convolado em falência nos casos em que apenas uma das classes tenha rejeitado o plano.

Um mecanismo para lidar com a rejeição do plano de forma a não permitir que o devedor perca o direito à reorganização está presente em diversas legislações concursais que contam com institutos de recuperação de empresas. Trata-se de engenho legal inicialmente criado nos Estados Unidos da América, ao qual se apelidou de *cram down*.<sup>195</sup>

No Brasil a importação dessa estrutura, muito embora tenha sido útil, apresenta-se incompleta.<sup>196</sup> Isso significa que não se pode negar o benefício decorrente da positivação de uma permissão concedida ao magistrado para a homologação do plano e, portanto, viabilização da recuperação judicial, não obstante a rejeição do plano por uma das classes de credores. Trata-se, ademais, de mecanismo absolutamente favorável à consecução do propósito de preservação da empresa. Todavia, também não se pode fechar os olhos para as dificuldades geradas por uma importação imperfeita de um instituto.

Conforme adiantado no Capítulo 2, acima, o estudo do Direito Comparado é extremamente profícuo, mas as vantagens dele decorrentes, principalmente nos casos de transferência de institutos, dependem,

195. Conforme lembrado por Richard Maloy, a expressão *cramdown* não é utilizada pelo *Bankruptcy Code* e sua utilização pode ser explicada pelo fato de que “as some Courts have stated it, the plan is crammed ‘down the throats’ of the objectors” (“A primer on cram down – How and why it works”, cit., *St. Thomas Law Review* 16 (2003-2004), pp. 3-4).

196. Nesse mesmo sentido caminha E. S. Munhoz (in Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*, cit., 2ª ed., pp. 286-293).

de um lado, da profunda compreensão do mecanismo tal qual previsto na legislação estrangeira e, de outro, das adaptações do arcabouço às características do sistema jurídico do País importador.

Consoante demonstrado a seguir, esse não é o cenário encontrado em matéria de *cram down* brasileiro. Em vista disso, cumpre ao intérprete buscar o aprimoramento de relevante mecanismo previsto na lei pátria.

O assunto é disciplinado pelo art. 58, §§ 1º e 2º, da Lei de Recuperação e Falência. Nos termos desses dispositivos, o juiz pode superar o veto de uma classe de credores e homologar o plano de recuperação caso: (i) tenha sido obtida a aprovação de mais da metade do valor dos créditos presentes à assembleia-geral de credores, independentemente de classes; (ii) pelo menos uma ou duas das classes tenha(m) consentido com o plano nas situações em que existam duas ou três classes, respectivamente; (iii) haja aprovação de um terço dos credores da classe que houver rejeitado o plano;<sup>197</sup> e (iv) não exista tratamento diferenciado entre credores da classe que rejeitou a proposta do devedor.

Comparando-se a disciplina da matéria sob a lei brasileira e sob a experiência estrangeira, pode-se concluir que o sistema nacional afastou-se das práticas comuns no que diz respeito ao tema e perdeu a oportunidade de cuidar de forma completa de assunto de imensa relevância.

Considerando que esse tema já foi tratado alhures de forma bastante aprofundada, que a autora não modificou seu entendimento sobre o tema e que o presente estudo não parece o local mais apropriado para discussões extremamente detalhadas sobre o assunto, importa esclarecer que as críticas e sugestões abaixo apresentadas refletem as considerações anteriormente tecidas, às quais se remete para um tratamento minucioso da matéria.<sup>198</sup>

197. Acredita-se que o voto favorável de um terço dos credores deve ser computado consoante os §§ 1º e 2º do art. 45 da Lei de Recuperação e Falência, o que significa dizer que o referido quórum deve dizer respeito à quantidade de credores presentes à assembleia no caso da classe dos credores trabalhistas, e nos demais casos ao valor total dos créditos e à quantidade de credores presentes à assembleia.

198. Para uma análise crítica e detalhada do *cram down* na Lei de Recuperação e Falência, incluindo propostas interpretativas, v. Carolina Soares João Batista, Paulo Fernando Campana Filho, Renata Yumi Miyazaki e Sheila Christina Neder Cerezetti, “A prevalência da vontade da assembleia-geral de credores em questão: o *cram down* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes”, *RDM* 143/202-242, São Paulo, Malheiros Editores, 2006.



Em geral, nos ordenamentos que cuidam da matéria a superação do veto de uma classe de credores passa pelos seguintes requisitos: (i) aprovação de pelo menos uma das classes afetadas; (ii) inexistência de tratamento diferenciado entre os membros da classe que não concordou com o plano (*unfair discrimination*); e (iii) caracterização do plano como justo e equitativo no que tange ao tratamento da classe discordante com relação às demais (*fair and equitable rule*).<sup>199</sup> Há casos, ainda, em que também se exige a comprovação de pagamento sob a recuperação de, no mínimo, o que seria obtido pelo credor sob a falência.<sup>200</sup>

A mera apresentação, de maneira bastante simplista, da experiência estrangeira sobre o assunto demonstra que a Lei de Recuperação e Falência cuida de requisitos, por um lado, excessivos e, por outro, insatisfatórios. Se, por um lado, as exigências de quóruns de aprovação conjuntos e dentro da classe discordante consubstanciam aspectos formais e que não implicam necessariamente proteção aos credores dissonantes, por outro, não demandar a observância das regras de *fair and equitable* – ou seja, da ordem de pagamento das classes de credores – pode acarretar injustiças e desamparo à classe que rejeitou o plano.

Dentre os quatro requisitos positivados na lei brasileira, os três primeiros referem-se à existência de quóruns. Primeiramente, um quórum de maioria do valor dos créditos, independentemente de classes, refere-se a algo não encontrado em qualquer dos ordenamentos estrangeiros estudados, e que pode representar exigência excessiva à aprovação do

199. Dois ou mais desses requisitos podem ser encontrados nos Direitos Norte-Americano, Alemão e Português. Para estudos comparativos entre o direito Norte-Americano e o Direito Alemão sobre o tema, v.: Klaus Warringsholz, *Die angemessene Beteiligung der Gläubiger an dem wirtschaftlichen Wert der Masse aufgrund eines Insolvenzplanes: Rechtsvergleichende Überlegung zur Absolute Priority Rule*, cit.; e Jochen Drukarczyk, “Probleme des Reorganisationsverfahrens: Bewertung, Best Interest Test und Verlustvorträge”, in Markus Heintzen e Lutz Kruschwitz (orgs.), *Unternehmen in der Krise*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004. Sobre o assunto há quem note que a distinção fundamental entre os institutos nos Direitos Norte-Americano e Alemão refere-se à diferença entre os objetivos dos procedimentos falimentares em ambos os Países, sendo que no primeiro ordenamento o interesse do devedor seria objeto de tutela primordial, ao passo que no segundo a responsabilização do devedor em favor dos credores poderia ser caracterizada como fundamental (Stefan Smid e Rolf Rattunde, *Der Insolvenzplan*, cit., pp. 264, RdNr. 13.37, e 267, RdNr. 13.43).

200. Essa é, por exemplo, a situação da *InsO* alemã (§ 251) (v. Harald Hess, *Sanierungshandbuch*, cit., 4ª ed., pp. 1.157-1.162) e do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas português (art. 216º, 1, “a”).

plano, se cumulada com as demais majorias exigidas. Em segundo lugar, requer-se que a maioria das classes – pelo menos quando as três classes existirem –, e não apenas uma delas, como ocorre no Direito Norte-Americano, aprove o plano.<sup>201</sup> Por fim, também é necessário que uma parcela dos credores que compõem a própria classe dissidente tenha concordado com o plano.<sup>202</sup>

201. Isso significa que o Direito Brasileiro apenas permite a superação do veto de uma classe.

202. Acerca da exigência de aprovação de mais de um terço dos credores participantes da classe dissidente, posicionamento crítico já foi apresentado nos seguintes termos: “A exigência de tantos quóruns pode prejudicar os resultados a serem obtidos. Tome-se como exemplo uma situação em que há somente um credor com garantia real; sua desaprovação ao plano, mesmo que egoística e contrária ao interesse público, impossibilitará a aprovação por *cram down* (não será cumprido o requisito de aprovação por mais de um terço da classe dissidente) e acarretará a liquidação de uma empresa independentemente de sua viabilidade econômica. Esse simples exemplo demonstra que a LRE criou um sistema em que a sorte da empresa pode depender da vontade e dos caprichos de um único credor”. A isso acrescentou-se a seguinte proposta interpretativa: “Cumpra-se notar que as determinações contidas no mencionado inciso III constituem, como o inciso I, inovação do legislador pátrio. Contudo, conforme já salientado, a exigência de aprovação de um terço dos credores componentes da classe dissidente pode acarretar prejuízos à preservação da empresa, ao dificultar a superação de um veto e a consequente aprovação de um plano de recuperação que se apresenta com soluções economicamente viáveis. Acredita-se, portanto, tratar-se de requisito prejudicial a ser desconsiderado quando da análise judicial. O proposto afastamento desse requisito legal não significa que a classe dissidente não contará com nenhuma proteção. Na verdade, seus direitos estarão resguardados mediante a utilização de outros requisitos capazes de averiguar a equidade do plano, conforme abaixo sugerido” (Carolina Soares João Batista, Paulo Fernando Campana Filho, Renata Yumi Miyazaki e Sheila Christina Neder Cerezetti, “A prevalência da vontade da assembleia-geral de credores em questão: o *cram down* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes”, cit., *RDM* 143/216-217). As referidas crítica e proposta interpretativa foram comungadas pelo TJSP, que afastou a aplicação da exigência prevista no art. 58, § 1º, III, quando composta a classe por apenas de um credor: “Não se pode admitir validade à rejeição de plano por credor único em determinada classe, apesar dos critérios limitados do *cram down* da lei brasileira, sob pena de se configurar abuso no exercício do direito de votar o plano na assembleia-geral sempre que o credor privilegiasse posições excessivamente individualistas, em detrimento dos demais interesses em jogo” A interpretação do Tribunal foi, ademais, informada pelo princípio da preservação da empresa, conforme defendido na presente tese: “Não tendo a Lei n. 11.101/2005 previsto a hipótese de credor único em determinada classe, penso que o juiz não está impedido de aplicar o princípio maior previsto no art. 47, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 627.497-4/3-00, rel. Des. Romeu

A presença de tantos requisitos relacionados à obtenção de diferentes maiorias dentre os credores concordantes, além de não ser encontrada nem mesmo em ordenamentos cujo objetivo primordial é a satisfação dos credores, parece ir de encontro ao propósito de preservação da empresa constante da Lei de Recuperação e Falência. Não se pode compreender os motivos pelos quais uma lei que prima pela salvação da empresa viável estipule tantos requisitos formais para a superação do veto de uma classe de credores.

Note-se que a crítica a esses requisitos constantes do art. 58, § 1º, não advoga seu completo afastamento, mas a redução do rigorismo e a adoção de mecanismos realmente capazes de conceder adequada proteção aos credores, sem permitir que empresas viáveis sejam levadas à falência devido à rigidez de regras que buscam ser protetivas mas podem acabar prejudicando todos os envolvidos na crise empresarial.

Ao lado das maiorias exigidas à superação do veto de uma classe, a Lei de Recuperação e Falência conta com uma regra de proibição da *unfair discrimination*; ou seja, impede-se, para fins – e somente para fins – de *cram down*, que credores da classe dissidente sejam tratados de forma diferenciada entre si.

Conforme citado, essa é uma condição presente em diversos ordenamentos jurídicos que permitem que a recuperação judicial seja concedida não obstante a presença de uma classe de credores contrária à aprovação do plano. Trata-se de medida necessária para que se permita a recuperação da empresa sem que, para tanto, seja preciso prejudicar determinado grupo de credores dissidentes. A falta dessa proteção permitiria que um plano fosse aprovado mesmo em casos de sua rejeição por uma classe cujos membros recebem tratamento díspar. Se isso ocorresse, detentores de créditos, mesmo após votarem contra o plano, poderiam ser tratados de forma prejudicial com relação ao tratamento conferido a créditos da mesma natureza. Busca-se, portanto, mediante a proibição da *unfair discrimination*, impedir a injustiça decorrente do tratamento desigual entre credores cujos créditos são semelhantes.

Uma vez criada nos Estados Unidos – local em que, conforme explicado acima, não há rigidez na classificação dos credores e em que

Ricupero, j. 30.6.2009). No mesmo sentido, v.: TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 638.631-4/1-00, rel. Des. Romeu Ricupero, j. 18.8.2009; e TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 649.192-4/2-00, rel. Des. Romeu Ricupero, j. 18.8.2009.

muitas vezes é possível que créditos semelhantes sejam alocados em classes distintas –, a *unfair discrimination* em seu País de origem é utilizada como critério para aferir se créditos similares que tenham sido alocados em classes distintas recebem tratamento injustamente diferenciado sob o plano. Note-se que esse requisito só se aplica com relação à classe discordante<sup>203</sup> e só é apreciado caso uma classe rejeite o plano.<sup>204</sup> Além disso – como o próprio nome sugere –, a discriminação entre créditos parecidos só é vedada caso seja considerada injusta. Tendo em vista que o *Bankruptcy Code* não institui os requisitos para a caracterização da discriminação como justa ou injusta, diversos testes foram desenvolvidos para tanto,<sup>205</sup> e dois critérios costumam ser utilizados.<sup>206</sup>

Aproximando o assunto ao Direito Brasileiro, duas considerações precisam ser feitas à luz do Direito Comparado.

A primeira delas é que os ordenamentos que contam com um mecanismo análogo ao *cram down* preveem a proibição de discriminação injusta entre créditos da mesma natureza. Assim, enfoque é dado à injustiça da discriminação, apuração que exige dedicada análise dos termos do plano por parte do juiz, e à aplicação do requisito entre créditos pa-

203. Cf. Kenneth N. Klee, “All you ever wanted to know about cram down under the new Bankruptcy Code”, cit., *American Bankruptcy Law Journal* 53 (1979), p. 141, nota de rodapé 67.

204. Cf. Richard Maloy, “A primer on cram down – How and why it works”, cit., *St. Thomas Law Review* 16 (2003-2004), p. 9. Todavia, o autor menciona caso em que o plano foi considerado discriminatório mesmo estando ausente a desaprovação de qualquer das classes (nota de rodapé 57 do mesmo texto). Richard F. Broude (“Cram down and Chapter 11 of the Bankruptcy Code: the settlement imperative”, *The Business Lawyer* 39 (1984), p. 444) lembra que o único momento em que o tratamento distinto entre classes semelhantes se torna importante é no caso de necessidade de *cram down*.

205. V., por exemplo: Bruce A. Markell, “A new perspective on unfair discrimination in Chapter 11”, *American Bankruptcy Law Journal* 72 (1998), pp. 227-263; Stephen L. Sepinuck, “Rethinking unfair discrimination in Chapter 13”, *American Bankruptcy Law Journal* 74 (2000), pp. 341-398; Committee on Bankruptcy and Corporate Reorganization of the Association of the Bar of the City of New York, “Making the test for unfair discrimination more ‘fair’: a proposal”, *The Business Lawyer* 58 (2002), pp. 83-108, 2002; e Bruce A. Markell, “Slouching toward fairness: a reply to the ABCNY’s proposal on unfair discrimination”, *The Business Lawyer* 58 (2002), pp. 109-121.

206. Trata-se (i) da porcentagem de pagamento a ser conferida aos credores e (ii) da alocação de riscos atribuída a cada uma das classes (cf. Richard Maloy, “A primer on cram down – How and why it works”, cit., *St. Thomas Law Review* 16 (2003-2004), pp. 11-12).

recidos. Intérpretes brasileiros precisam dirigir atenção a esses aspectos. Primeiramente porque a Lei de Recuperação e Falência não cuidou de um tratamento diferenciado qualificado de injusto, e em segundo lugar porque, ao menos na terceira classe de credores, a Lei de Recuperação e Falência uniu créditos de variadas naturezas. Sobre esse último enfoque, é preciso que se tenha em mente que, conforme críticas constantes do item 4.1.2.1, acima, a Lei de Recuperação e Falência errou ao aglomerar créditos díspares em uma mesma classe, e a aplicação do requisito da *unfair discrimination* deveria estar atenta a isso, de forma a avaliar a uniformidade de tratamento apenas entre credores efetivamente semelhantes.

A segunda observação a ser feita diz respeito à constatação de que a *unfair discrimination* difere da exigência – em geral presente nos sistemas concursais<sup>207</sup> – de concessão de tratamento igualitário a credores da mesma classe em todos os casos de recuperação, salvo se o credor em situação prejudicial acatar sua posição. O tema do tratamento igualitário aos credores será objeto de estudo no item 4.1.3.1, abaixo.

Cabe notar, ainda, que a Lei de Recuperação e Falência, em dissonância com as regras estrangeiras, não dispõe, como um dos requisitos de superação do veto de uma das classes, sobre a exigência de o plano ser justo e equitativo com relação às demais classes. O critério em questão é conhecido como *fair and equitable rule* e diz respeito à ordem de pagamento dos créditos.<sup>208</sup>

A falta de uma boa disciplina sobre o tema já evidencia, na prática, suas consequências malélicas. De fato, a recente experiência sob a Lei de Recuperação e Falência já demonstra que o instituto não está sendo aplicado em todas as situações em que deveria.<sup>209</sup>

207. V. a obrigatoriedade da *Gleichbehandlung der Beteiligten* na *Insolvenzordnung* (§ 226) e a mesma regra no § 1.123(a)(4) do *Bankruptcy Code* e no art. 194º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas português (princípio da igualdade).

208. Por se tratar de critério que avalia a posição da classe discordante com relação às demais classes e o respeito à ordem de pagamento e hierarquia dos créditos, esse requisito é inserido dentro do que se chama de *análise vertical* (cf.: Richard Maloy, “A primer on cram down – How and why it works”, cit., *St. Thomas Law Review* 16 (2003-2004), pp. 7 e 13; e Bruce A. Markell, “A new perspective on unfair discrimination in Chapter 11”, cit., *American Bankruptcy Law Journal* 72 (1998), pp. 227-228).

209. A decisão judicial que homologou o plano de recuperação da Vasp – Viação Aérea São Paulo S/A (1ª Vara de Falência e Recuperações Judiciais da comarca

Há que se ressaltar que a utilização do *cram down* pressupõe uma atuação de mérito do magistrado. Não se trata de simples conferência de quóruns, mas de profunda análise do plano de recuperação votado pelos credores, mediante a avaliação do tratamento conferido aos membros da classe dissidente.<sup>210</sup>

Por fim, reitera-se que um detalhado posicionamento acerca da mais adequada e completa regra de *cram down* para o ordenamento jurídico brasileiro já foi apresentado alhures.<sup>211</sup>

#### 4.1.2.3.3 A modificação do plano de recuperação

Reza o art. 35, I, “a”, que dentre as atribuições da assembleia-geral de credores encontra-se a modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor. O art. 56, § 3º, por seu turno, estabelece a possibilidade de o plano ser alterado na assembleia “desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes”.

Durante o processo legislativo que deu ensejo à aprovação da Lei de Recuperação e Falência diversos textos de emendas ao Projeto de Lei 4.376/1993 incluíam a possibilidade de os credores, por meio da

de São Paulo, Processo 583.00.2005.070715-0, *DOE* 28.8.2006); por exemplo, ao invés de proceder à análise dos requisitos legais para a utilização do *cram down*, utilizou o argumento de que a lei privilegia a preservação da empresas como motivo para a superação de veto de uma classe de credores. V. também: TJRS, 6ª Câmara Cível, AI 70018219824, rel. Des. Artur Arnildo Ludwig, j. 19.4.2007.

210. A importante atuação do juiz nos casos de *cram down* parece até estar sendo supervalorizada pela jurisprudência, que nos casos de superação do veto de umas das classes enxerga no papel do juiz a manifestação acerca da viabilidade do devedor: “Exatamente para atender a esse princípio informativo é que o legislador introduziu não só a recuperação extrajudicial, como também uma fase administrativa de verificação e habilitação de créditos (art. 7º, § 1º), deixando claro que a análise da viabilidade de superação da crise econômico-financeira que o devedor atravessa é dos credores, quer com a não objeção ao plano, quer reunidos em assembleia-geral (art. 58). Essa análise somente deve ser feita pelo próprio juiz se, na assembleia-geral de credores, for obtido apenas o quórum previsto no art. 58, § 1º, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência” (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 459.929.4/7-00, rel. Des. Bóris Kaufmann, j. 6.12.2006).

211. V. Carolina Soares João Batista, Paulo Fernando Campana Filho, Renata Yumi Miyazaki e Sheila Christina Neder Cerezetti, “A prevalência da vontade da assembleia-geral de credores em questão: o *cram down* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes”, cit., *RDM* 143/202-242.



assembleia-geral ou do comitê de credores, apresentarem planos alternativos ao oferecido pelo devedor.<sup>212</sup> Essa possibilidade, todavia, não permaneceu no texto legal ao final aprovado.

Atualmente o direito dos credores, reunidos em assembleia, de modificar o plano depende de dois requisitos (i) o consentimento expresso do devedor e (ii) a inexistência de diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.<sup>213</sup>

Acerca do primeiro requisito, impossível deixar de notar que a exigência de obter a concordância do devedor representa requisito legal justificável, na medida em que se faz correto solicitar a anuência daquele que ficará sujeito aos termos e condições estipulados no plano. Entretanto, também há de se dizer que essa condição, tratada de forma incondicional, poderá gerar abusos por parte do devedor. Pode-se facilmente imaginar a situação de um devedor que, ameaçando não concordar com eventuais alterações e fazer com que credores sofram os reais prejuízos da liquidação, ocasione a aprovação de plano insatisfatório ou inviável.

Visando a evitar abusos por parte do devedor, a legislação concursal alemã estabelece a possibilidade de o juiz superar o veto do devedor. O § 247 da *InsO* cuida da aprovação do devedor ao conteúdo do plano. Sua aceitação é presumida caso o devedor não se oponha até a data da reunião para votação do plano. Se o devedor apresentar alguma objeção,

212. A Nova Subemenda Substitutiva oferecida às emendas de Plenário apresentadas ao Substitutivo do Projeto de Lei 4.736/1993, nomeada de Projeto de Lei 4.736-E/1993, publicada no *Diário da Câmara dos Deputados* de 16.10.2003, pp. 55.083 e ss. (disponível em [http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20.asp?selCodColecaoCsv=D&Datain=16/10/2003&txpagina=55083&altura=700&largura=800](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&Datain=16/10/2003&txpagina=55083&altura=700&largura=800) \t " \_blank, acesso em 8.9.2008), previa, em seus arts. 36, I, "a", e 67, § 1º, I, respectivamente, a competência da assembleia-geral de credores e do comitê de credores para elaborar um plano alternativo.

213. A possibilidade de modificação do plano é conhecida por outros sistemas concursais que contam com mecanismos de recuperação de empresas. Nesse sentido, v. o art. 210º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas português e o § 1.127 do *Bankruptcy Code* norte-americano. Ela não é, todavia, pacificamente admitida no Direito Espanhol: "Una vez admitidas a trámite, no podrán revocarse ni modificarse las propuestas de convenio (art. 114.2), prohibición que se confirma en el art. 121. Pese a las opiniones escuchadas de que su modificación puede tener lugar por acuerdo de la junta de acreedores, con la aceptación del concursado, parece más seguro que la ley solamente permite 'lo tomo o lo dejo', es decir, no admite negociaciones sobre las propuestas de convenio, una vez admitidas a trámite por el juez" (Fernando Gómez Martín, "Convenio y liquidación concursal", *Revista Estudios de Deusto* 52(1) (2004), Segunda Época, p. 163).



essa deve ser desconsiderada e julgada irrelevante sempre que (i) a situação econômica do devedor sob o plano não se torne presumivelmente pior que aquela que existiria na sua ausência e (ii) nenhum credor obtiver, nos termos do plano, valores econômicos superiores à quantia de seus créditos.<sup>214</sup>

A possibilidade de superar a discordância do devedor aos termos do plano de recuperação alterado pelos credores parece ser a melhor solução à matéria.<sup>215</sup> Infelizmente o legislador brasileiro afastou-se desse caminho e exigiu como requisito à concessão da recuperação judicial, em todos os casos de modificação da proposta do devedor, sua expressa concordância. Vê-se, assim, que consta da Lei de Recuperação e Falência apenas um mecanismo – mal-estruturado, conforme acima relatado – de superação de veto de uma classe de credores. Não há estrutura correspondente no que diz respeito ao devedor.

E. S. Munhoz,<sup>216</sup> que critica a falta de um mecanismo de superação da discordância do devedor, lembra que a possibilidade de o juiz determinar o afastamento do devedor da condução dos seus negócios representa meio de ultrapassar o obstáculo da discordância do devedor ao plano alterado pelos credores. Note-se que a Lei de Recuperação e Falência valoriza e estabelece como regra geral a manutenção do devedor à frente dos seus negócios, consoante se tratará em detalhes no item 4.1.4, *infra*. Entretanto, o art. 64 da mesma lei aponta os casos excepcionais em que

214. Sobre o tema, v. comentários de: Ulrich Keller, *Insolvenzrecht*, cit., pp. 662-663; e Friedrich Neumann, *Die Gläubigerautonomie in einem künftigen Insolvenzverfahren*, cit., pp. 432-440.

215. Para uma análise detalhada do tema, v. Renata Yumi Miyazaki, *A Superação da Oposição do Devedor ao Plano de Recuperação Judicial* (Tese de Láurea), São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2007, em arquivo com a autora. Para o tratamento da proibição de obstrução quando da deliberação dos acionistas acerca de medidas necessárias à recuperação, com uma visão de Direito Comparado com relação à Alemanha e à França, v. Michael Pujol, *Die Sanierung der Schuldnergesellschaft vor dem Hintergrund der gesellschaftsrechtlichen Neutralität des Insolvenzrechts nach deutschem und französischem Recht: Rechtsvergleichende Untersuchung zur Stellung der Gesellschafter in der Insolvenz und zur Abstimmung von gesellschaftsrechtlichen und insolvenzrechtlichen Maßnahmen bei der gerichtlichen Unternehmenssanierung*, München, Herbert Utz, 2007, pp. 104-139 (para o Direito Alemão), 285-293 (para o Direito Francês) e 388-400 (para o Direito Comparado).

216. In Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*, cit., 2ª ed., p. 279.

o devedor<sup>217</sup> e seus administradores podem ser afastados, situações nas quais um gestor judicial deve ser escolhido pelos credores. Nessa hipótese aventada pelo autor, a seleção de um gestor implicaria a necessidade de concordância desse novo órgão, eleito pela própria assembleia-geral de credores, com os termos do plano de recuperação ajustado pelos mesmos credores reunidos em assembleia. Há que se cogitar, nesse caso, de um possível conflito de interesses. Ademais, deve-se ressaltar que a eleição de um gestor judicial diz respeito a circunstâncias extraordinárias, cuja ocorrência deverá ser devidamente comprovada perante o juízo.

É bem verdade, além disso, que se poderia alegar que a superação do veto do devedor representaria afronta à garantia constitucional da livre associação, assegurada no art. 5º, XX.<sup>218</sup> Esse argumento, todavia, seria aplicável caso se estivesse tratando da obrigatoriedade de manter os acionistas como participantes do capital social da companhia. Não é isso que se verifica ao se permitir a superação da discordância do devedor, caso se parta do pressuposto de que o devedor não se confunde com aqueles que têm parcelas do seu capital. Superado o veto do devedor, os acionistas descontentes poderiam tentar vender suas ações, o que seria facilitado em caso de aprovação de um plano de recuperação mas não seria garantia de sucesso, considerando a situação econômico-financeira da sociedade. Restaria, então, ao acionista descontente buscar a dissolução parcial da companhia – possibilidade bastante controversa.<sup>219</sup>

217. Cabe mencionar que a expressão “devedor”, utilizada pela lei, pode trazer confusões quanto a se tratar do afastamento da própria empresa devedora da condução dos seus negócios ou do acionista controlador, do qual seria temporariamente retirado o poder de controle. Sobre o tema, v. item 4.1.4.2, abaixo.

218. Argumento parecido é utilizado por doutrinadores espanhóis para justificarem a inexistência de previsão do pedido de insolvência por parte de credores em caso de crise iminente (v.: María Isabel Álvarez Vega, “Soluciones concursales y paraconcursoales a la crisis de empresa. La función conservativa del concurso de acreedores en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal”, cit., *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”, cit., *Revista Estudios de Deusto* 54(1) (2006), p. 45).

219. Doutrina e jurisprudência debatem sobre a possibilidade de se permitir a dissolução parcial de sociedades por ações fechadas. Sobre o tema, v.: Cristiano Gomes de Brito, “Dissolução parcial de sociedade anônima”, *RDM* 123/147-159, São Paulo, Malheiros Editores, 2001; Mauro Rodrigues Penteado, *Dissolução e Liquidação de Sociedades*, São Paulo, Saraiva, 2000, pp. 218-225; e Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*, São Paulo, Atlas, 2002, pp. 80-87.

O segundo requisito para a modificação do plano em assembleia-geral de credores está relacionado à impossibilidade de se diminuir os direitos exclusivamente dos credores ausentes. Cabe dizer que essa disposição legal permite o alcance de duas interpretações.

Uma primeira interpretação do dispositivo refere-se à proibição de operar qualquer alteração dos direitos dos credores que não comparecerem à assembleia. Tratar-se-ia, neste caso, de uma proibição absoluta no sentido de que, em caso de aprovação do plano, os direitos dos ausentes estariam plenamente garantidos, nos termos da proposta inicialmente apresentada.

Essa leitura traz perplexidades. Sabe-se que a proposta da Lei de Recuperação e Falência é estimular a negociação entre as partes envolvidas e, ao final, coroar a decisão tomada em consonância com o princípio majoritário. Isso significa que os credores são convocados para uma reunião em que se discutem e votam as condições sugeridas pelo devedor. Como visto, as votações contam com diferentes quóruns deliberativos, valorizando-se, nos sufrágios acerca do plano de recuperação, as maiorias qualificadas.

Ao se ordenar a restrição à diminuição dos direitos dos credores ausentes, essa primeira interpretação da Lei de Recuperação e Falência criaria claro desestímulo à participação dos credores satisfeitos com o teor da proposta do devedor. Todos aqueles que tenham sido favorecidos pelas cláusulas do plano simplesmente deixariam de comparecer à assembleia-geral de credores e garantiriam a manutenção de benefícios a eles conferidos. Os credores prejudicados ou que discordassem do documento juntado pelo devedor poderiam apenas lutar por mudanças relacionadas aos seus próprios direitos, permanecendo intocáveis os dos demais.

Observe-se, ademais, que, tendo em vista que o devedor constitui o ente que deverá arcar com as obrigações constantes do plano aprovado, a eventual manutenção de altos benefícios aos ausentes e a melhoria de condições aos presentes poderiam conduzir à sua própria inviabilidade e impossibilidade de cumprimento do plano.

Percebe-se, assim, que essa leitura faria com que o texto legal, na verdade, não fosse capaz de estimular a completa negociação, uma vez que o próprio mecanismo de modificação do projeto do devedor – que, como se sabe, seria o resultado das transações entre as partes – esta-

ria dificultado. A incoerência interna da Lei de Recuperação e Falência tornar-se-ia, portanto, nítida.<sup>220</sup>

Explicação diferente para o texto do art. 56, § 3º, parte final, poderia basear-se na palavra “exclusivamente”, utilizada no dispositivo. Considerando-se que a Lei de Recuperação e Falência estipula que não pode haver “diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes”, poder-se-ia dizer, *a contrario sensu*, que pode haver diminuição dos direitos dos ausentes desde que ela não seja exclusiva, ou seja, desde que não diga respeito apenas aos ausentes, mas também aos presentes.

Nesse diapasão, a negociação entre credores e devedor não estaria prejudicada, mas apenas limitada. A extensão da referida limitação, contudo, pode ser debatida. Há que se imaginar que a exigência de apenas se diminuïrem direitos de ausentes se o mesmo ocorrer com os presentes pode trazer discussões sobre a circunscrição a que deve ser submetida a alteração dos direitos.

Importante dizer que, se a Lei de Recuperação e Falência quis proteger os ausentes, a autorização para agravar a situação deles deve ser compreendida como restrita ao quanto se decidiu modificar nos direitos dos presentes. Trata-se, conseqüentemente, de exigir a concessão de tratamento igualitário entre as partes, estejam elas presentes na deliberação, ou não. Todavia, caso se entenda que a estrutura da Lei de Recuperação e Falência seja aquela de privilégio às decisões majoritárias e de se instigar a ampla participação, sem qualquer preocupação com a equitatividade das relações – ideia com a qual não se concorda –, não cabe falar em restrição ao grau de agravamento dos direitos dos ausentes, mas apenas em ser necessária alguma diminuição concomitante dos direitos dos presentes.

Cumpre, ainda, salientar que a defesa dessa segunda interpretação do trecho do art. 56, § 3º, parte final, juntamente com a ideia de que os credores ausentes devem receber tratamento igualitário no que se refere à diminuição dos seus direitos, depende da definição dos agentes aos quais se deve atribuir tratamento igualitário. Sobre o tema, poder-se-ia dizer que a igualdade deveria dizer respeito àqueles considerados iguais pela lei, ou seja, aqueles que participam da mesma classe de credores. Caso se

220. Para fundadas críticas a esse mecanismo legal, v. E. S. Munhoz, in Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*, cit., 2ª ed., pp. 279-280.

partilhe da crítica acima apresentada, segundo a qual a divisão de classes de credores no Direito Brasileiro se mostra extremamente rígida e, ao menos no caso da terceira classe de credores, aglutina créditos de naturezas diferentes, a igualdade a ser almejada quando da alteração do plano deveria dizer respeito a credores cujos créditos são semelhantes.

Por fim, cabe fazer referência a entendimento segundo o qual a deliberação pela modificação do plano, seguida da discordância do devedor, poderia resultar na extinção do processo sem julgamento do mérito. Nessas circunstâncias não estariam verificadas nem a aprovação do plano nem a sua rejeição. Haveria somente a decisão por alterações. Os credores, nesse caso, não teriam interesse processual na recuperação solicitada, tampouco na decretação da falência do devedor. Inexistindo o interesse processual, que é uma condição da ação, restaria ao juiz apenas extinguir o processo sem julgamento do mérito.<sup>221</sup>

#### 4.1.2.3.4 A rejeição do plano de recuperação

A última hipótese mencionada pelo art. 35, I, “a”, que trata das competências da assembleia-geral de credores, refere-se à rejeição do plano de recuperação judicial pelos credores. Isso significa que, conforme acima mencionado, os credores decidem sobre o destino da empresa e, caso acreditem não ser ela viável, podem deliberar a desaprovação da proposta do devedor.

Nesse caso, não sendo possível o recurso ao art. 58, §§ 1º e 2º, o magistrado decretará a falência do devedor, nos termos do art. 56, § 4º. Da redação do dispositivo não decorre a atuação do juiz no sentido de avaliar se a decisão dos credores foi, do ponto de vista negocial, a melhor possível. Isso corrobora a ideia de que apenas aos credores foi atribuído o julgamento acerca da viabilidade do devedor.<sup>222</sup> Não se pode

221. Cf. Paulo Salvador Frontini, *Procedimentos e Ritos Procedimentais na Lei de Recuperação de Empresas e Falências*, Plano de Aula de 2.5.2006, p. 6, nota de rodapé 7 (em arquivo com a autora).

222. Esse é, de resto, o entendimento da própria jurisprudência: “Na recuperação judicial, o magistrado não vai examinar se o plano tem, ou não, condições de viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, exame que é dos credores em assembleia-geral; ele apenas vai verificar se não houve qualquer objeção ao plano apresentado, ou, tendo havido, se na assembleia-geral dos credores foram obtidos os votos necessários para possibilitar a concessão da recuperação judicial pretendida” (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 459.927.4/8-00, rel. Des. Bóris Kauffmann, j. 8.11.2006).

afirmar, contudo, que ao juiz caberá apenas e instantaneamente acatar a deliberação da assembleia-geral de credores. Ele deverá, no exercício de suas funções, e conforme acima referido, apreciar o correto exercício do direito de voto pelos credores, decidindo sobre eventuais abusos de direito e desvios na composição das classes e votação.<sup>223</sup>

A rejeição do plano, nos termos do referido dispositivo, constitui uma das situações em que a falência deve ser decretada durante o processo de recuperação judicial (art. 73, III). Outros casos de convocação, mencionados no mesmo artigo, dizem respeito à deliberação da assembleia-geral, nos termos do art. 42 (inciso I), à ausência de apresentação tempestiva do plano de recuperação pelo devedor (inciso II) e ao descumprimento de obrigações assumidas sob o plano de recuperação (inciso IV).

A determinação da convocação em casos de desaprovação do plano de recuperação está presente em outros ordenamentos jurídicos.<sup>224</sup> Há casos, contudo, em que ela se apresenta como uma possibilidade a ser avaliada pelo magistrado,<sup>225</sup> e há a situação do ordenamento italiano, em

223. Nesse sentido, também adequada ao Direito Brasileiro é a opinião de Massimo Fabiani acerca da mudança da posição do Judiciário no processo de *concordato preventivo*. O autor afirma que o papel do juiz, muito embora extremamente diferente daquele exercido no passado, não se encontra marginalizado, mas reposicionado em face das novas regras que atribuem aos credores a decisão sobre a concessão do *concordato* (“Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati”, cit., *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile de Giurisprudenza e Dottrina* 4 (2009), p. 437).

224. Esse é o caso do Direito Espanhol (cf.: Fernando Gómez Martín, “Convenio y liquidación concursal”, cit., *Revista Estudios de Deusto* 52(1) (2004), Segunda Época, p. 170; e Enrique Gadea Soler, “Reforma concursal y medidas introducidas por el legislador para conseguir un sistema eficiente”, cit., *Revista Estudios de Deusto* 54(1) (2006), p. 59) e do Direito Alemão (Dora Berger, *A Insolvência no Brasil e na Alemanha*, cit., p. 161). No Direito Francês o tribunal pode determinar a convocação em falência caso durante o período de observação se perceba que o devedor se encontra em estado de cessação de pagamentos e que sua recuperação é manifestamente impossível (“Art. L. 631-15. II. A tout moment de la période d’observation, le tribunal, à la demande du débiteur, de l’administrateur, du mandataire judiciaire, d’un contrôleur, du Ministère Public ou d’office, peut ordonner la cessation partielle de l’activité ou prononce la liquidation judiciaire si les conditions prévues à l’art. L. 640-1 sont réunies”).

225. O *Bankruptcy Code* permite que o juiz determine a convocação para o procedimento de liquidação ou simplesmente indefira o pedido de reorganização (§ 1.112). As regras do *Code de Commerce* francês, por seu turno, conhecidas pelo objetivo de preservação da empresa, permitem que nos casos de *sauvegarde*, em que os credores são chamados a votar sobre um plano apresentado pelo devedor, a



que a lei foi recentemente alterada para prever que, se o plano não for acatado, a falência não pode ser declarada de ofício, mas depende tanto da requisição do Ministério Público ou de um credor quanto da confirmação dos requisitos objetivos e subjetivos da falência.<sup>226</sup>

No Brasil, como visto, a Lei de Recuperação e Falência determina a convalidação em falência nos casos de desaprovação do plano pelo conclave assemblear. Alberto Camiña Moreira<sup>227</sup> enfatiza ser a decisão dos credores vinculante para o juiz, ao qual, em face da desaprovação do plano, cabe apenas declarar a falência do devedor. O mesmo entendimento não é compartilhado, contudo, por Jorge Lobo,<sup>228</sup> autor que acredita ser de competência do magistrado o exercício do controle de legalidade formal e substancial bem como do controle de mérito da decisão dos credores acerca da rejeição do plano de recuperação; o que lhe permite não declarar a quebra do devedor caso sua avaliação assim indique. De acordo com o jurista, o juiz concursal não deve declarar a falência caso

não aprovação da proposta pelos credores não represente convalidação em liquidação, mas apenas acarrete a solução do caso pelo tribunal, e não pela via negocial (cf.: Régis Valliot, Laurent Le Guerneve e Frédéric Abitbol, “Pratique de la sauvegarde: sauvegarde qui peut”, cit., *Cahiers de Droit de l'Entreprise* 2 (2007), p. 21; Pierre-Michel Le Corre, “Sur la loi de sauvegarde des entreprises”, cit., *Revue de Jurisprudence Commerciale* 5 (2005), p. 390; e Philippe Roussel Galle e Marc Sénéchal, “Créancier d'une entreprise en difficulté, une situation moins inconfortable?”, cit., *Cahiers de Droit de l'Entreprise* 2 (2007), p. 42). Por esse motivo se diz que o legislador francês não colocou o destino da empresa propriamente nas mãos dos credores (Alain Lienhard, *Sauvegarde des Entreprises en Difficulté: le Nouveau Droit des Procédures Collectives*, cit., p. 187).

226. V. arts. 179 e 162, conforme alterados pelo *Decreto Legislativo 12 Setembro 2007, n. 169*, e comentário de Pietro Genoviva, “Rigetto della proposta di concordato preventivo e dichiarazione di fallimento: questioni di diritto processuale e transitorio”, *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali: Mensile di Giurisprudenza e Dottrina* 1 (2009), pp. 60-61. Antes da reforma a doutrina discutia o tema, sendo que alguns autores eram a favor da declaração de ofício da falência (Aldo Fiale, *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali, Manuale Teorico-Pratico*, Napoli, Simone, 2006, p. 863), ao passo que outros se posicionavam contra essa opção (Gianvito Gianelli, “Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni”, *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali* 6 (2005), p. 1.158).

227. Alberto Camiña Moreira, “Poderes da assembleia de credores, do juiz e a atividade do Ministério Público”, cit., in Luiz Fernando Valente de Paiva (coord.), *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, p. 256.

228. 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. 173.



a decisão dos credores, dentre outros, seja contra o interesse público, envolva fraude ou cause violação à Lei de Recuperação e Falência. Júlio Kahan Mandel, por seu turno, defende que não deve o juiz declarar a falência caso não exista decisão expressa dos credores a esse respeito<sup>229</sup> ou caso a decisão tenha sido tomada em decorrência de abuso de poder.<sup>230</sup> Nesse sentido, em face de uma simples desaprovação do plano com a apresentação, por parte dos credores, de propostas distintas, cabe ao magistrado conduzir os credores a um acordo. Sugere-se, ainda, que o juiz poderia até mesmo aprovar o plano, tendo em vista os fins sociais da lei concursal.

Em decisão judicial prolatada em 2007 permitiu-se que, após a rejeição do plano de recuperação, o devedor apresentasse proposta alternativa. O julgado baseou-se no art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – que indica que o juiz deve, ao aplicar a lei, atender aos fins sociais a que ela se dirige – e no art. 47 da Lei de Recuperação e Falência, sendo que a preservação da empresa foi considerada o maior princípio da lei.<sup>231</sup>

Trata-se de indício de que os intérpretes do atual sistema concursal caminham no sentido de buscar coerência entre os princípios e os dispositivos da Lei de Recuperação e Falência.

#### 4.1.2.4 *A (não) participação dos demais interessados*

Conforme mencionado, a Lei de Recuperação e Falência atribuiu à assembleia-geral de credores a competência para deliberar sobre a aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor. A manifestação da assembleia-geral de credores, contudo, como visto, não se apresenta necessária caso nenhum credor apresente objeção à proposta.

229. Júlio Kahan Mandel, *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas Anotada: Lei 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005*, São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 126-127.

230. Júlio Kahan Mandel, “Da convolação da recuperação judicial em falência”, cit., *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 36 (2007), p. 245.

231. “A interpretação da regra do art. 56, § 4º, da Lei n. 11.101/2005, que determina ao juiz decretar a falência do devedor quando o plano de recuperação é rejeitado pela assembleia de credores, deve ser feita sob o enfoque do princípio do art. 47” (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 461.740 4/4-00, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 28.2.2007).

Consoante acima detalhado, a assembleia-geral de credores é composta apenas de credores, divididos em classes conforme o crédito devido seja de natureza trabalhista, com garantia real, privilégio especial, privilégio geral, quirografário ou subordinado. Considerando-se o limitado feixe de interesses abrangido pela assembleia,<sup>232</sup> pode-se questionar a conveniência de avaliar o impacto da recuperação ou falência do devedor sobre outros interessados – isto é, aqueles que não representam interesses pecuniários. Exemplos de detentores de outros interesses são os trabalhadores nas situações em que não participam da recuperação por não possuírem créditos contra o empregador, a comunidade em que se insere o devedor, os consumidores e, em caso de companhias abertas, os próprios investidores e o mercado. Em vista de referido impacto, também é possível questionar a conveniência de autorizar a participação de tais interessados no procedimento de recuperação.<sup>233</sup>

Trata-se de tema proeminente, sobre o qual se pode dizer que, de um lado, parece impossível negar que a crise da empresa afeta imensa gama de interesses, os quais não se resumem àqueles com expressão pecuniária; de outro lado, no entanto, depara-se com a dificuldade de se criarem mecanismos aptos a ponderar os interesses não pecuniários e a eles atribuir participação efetiva quando do procedimento de recuperação judicial.

A dificuldade, todavia, não deve frear as tentativas de alcançar tal louvável objetivo. Ao entregar a decisão acerca do plano aos credores, a legislação brasileira demonstrou ter o propósito de maximizar o retorno para os detentores de créditos, deixando, assim, que eles avaliassem se a proposta do devedor seria capaz de satisfazê-los da melhor maneira possível. Ocorre que, como visto, a Lei de Recuperação e Falência também tem outras finalidades, dentre as quais a preservação da empresa, a qual, para ser concretizada, precisa estar refletida – e não apenas decla-

232. Conforme visto acima, o direito alemão também confere aos credores a decisão acerca do destino do devedor (recuperação ou liquidação). A doutrina, todavia, reconhece que a concessão desse importante poder aos credores pode trazer riscos principalmente em vista da existência de outros interesses no processo concursal: “Diese starke Stellung der Gläubiger ist nicht ohne Gefahren. Denn im Insolvenzverfahren geht es nicht nur um die Interessen der Gläubiger, sondern auch des Schuldners (und sogar Dritter)” (H. G. Ganter, in H. Kirchhof – H. Lwowski – R. Stürmer (org.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, v. 1 cit., p. 51).

233. A favor da participação desses outros interessados, v. Axel Flessner, *Sanierung und Reorganisation: Insolvenzverfahren für Großunternehmen in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Untersuchung*, cit., pp. 273-274.

rada – nos artigos da mesma lei. Sendo a preservação um dos intuitos do sistema concursal brasileiro e sendo ela equiparada ao respeito aos numerosos interesses abrangidos pela companhia, resta desenvolver e aprimorar interpretações hábeis a proporcionar o alcance desse objetivo.

O estudo do Direito estrangeiro demonstra que o tema é objeto de ampla discussão entre doutrinadores norte-americanos. O assunto, que não é objeto de disciplina legal,<sup>234</sup> fez com que duas grandes correntes fossem formadas, sendo uma delas favorável à consideração de interesses externos,<sup>235</sup> e outra contrária.<sup>236</sup> Conforme ressaltado por Karen

234. Axel Flessner atribui essa falta de disciplina da participação de outros interessados no Direito Norte-Americano ao direcionamento do sistema aos *Kapitalgeberinteressen* (*Sanierung und Reorganisation: Insolvenzverfahren für Großunternehmen in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Untersuchung*, cit., p. 273).

235. Na doutrina norte-americana, a favor da análise de interesses não pecuniários v., dentre outros: Nathalie D. Martin, “Noneconomic interests in bankruptcy: standing on the outside looking in”, *Ohio State Law Journal* 59 (1998), pp. 429-505; Donald R. Korobkin, “Rehabilitating values: a jurisprudence of bankruptcy”, *Columbia Law Review* 91 (1991), pp. 717-789; Elizabeth Warren, “Bankruptcy policy”, cit., *University of Chicago Law Review* 54 (1987), pp. 336-387; Karen Gross, “Taking community interests into account in bankruptcy: an essay”, *Washington University Law Quarterly* 72 (1994), pp. 1.031-1.048, e *Failure and Forgiveness – Rebalancing the Bankruptcy System*, cit., pp. 193-243, Harvey R. Miller e Shai Y. Waisman, “Is Chapter 11 bankrupt?”, cit., *Boston College Law Review* 47 (2005), pp. 129-181; Marjorie L. Girth, “Rethinking fairness in bankruptcy proceedings”, *American Bankruptcy Law Journal* 73 (1999), pp. 449-483, especialmente p. 472; e Nancy B. Rapoport, “Seeing the forest and the trees: the proper role of the bankruptcy attorney”, *Indiana Law Journal* 70 (1995), pp. 783-844.

236. V.: Douglas G. Baird, “Loss distribution, forum shopping, and bankruptcy: a reply to Warren”, *University of Chicago Law Review* 54 (1987), pp. 815-834; James W. Bowers, “Whiter what hits the fan?: Murphy’s law, bankruptcy theory, and the elementary economics of loss distribution”, *Georgia Law Review* 26 (1991), pp. 27-82; Barry S. Schermer, “Response to professor Gross: taking the interests of the community into account in bankruptcy – A modern-day tale of belling the cat”, *Washington University Law Quarterly* 72 (1994), pp. 1.049-1.053; Thomas H. Jackson e Robert E. Scott, “On the nature of bankruptcy: an essay on bankruptcy sharing and the creditors’ bargain”, *Virginia Law Review* 75 (1989), pp. 155-204; James J. White, “Failure and forgiveness: a review”, *American Bankruptcy Law Journal* 73 (1999), pp. 435-447, especialmente p. 442; Alan Schwartz, “A contract theory approach to business bankruptcy”, *Yale Law Journal* 107 (1998), pp. 1.807-1.851, especialmente pp. 1.817-1.818. V. também Christopher W. Frost (“Bankruptcy redistributive policies and the limits of the judicial process”, *North Carolina Law Review* 74 (1995), pp. 75-139), que, apesar de reconhecer que outros interesses são direta ou indiretamente afetados, acredita que a consideração desses valores seria impraticável dentro do procedimento judicial de reorganização de empresas.

Gross,<sup>237</sup> dentre os últimos há aqueles que têm antipatia integral à valorização de interesses diversos aos dos devedores e credores, outros que entendem ser o assunto relevante mas que acreditam que ele não deveria ser afeto à legislação concursal e outros que reconhecem a necessidade de se abarcar interesses mais abrangentes, mas defendem que os custos necessários para tanto não justificam os benefícios que poderiam ser auferidos.

Como se vê, o tema é extremamente polêmico. Além disso, dentre aqueles que notam a necessidade de levar em consideração uma maior gama de interesses envolvidos pela empresa há diferentes propostas sobre como isso poderia ser implementado.

Karen Gross,<sup>238</sup> por exemplo, dedicou boa parte de seu livro para defender a perspectiva de que os interesses da comunidade importam quando da decisão acerca da recuperação de empresas em crise.<sup>239</sup> Após indicar que o termo “comunidade” é bastante amplo e capaz de abarcar inúmeros núcleos afetados pela reorganização de uma empresa,<sup>240</sup> a autora traça um teste para a identificação das comunidades que deveriam ser consideradas relevantes para cada caso. O teste é baseado na existência de três aspectos: (i) nexos entre a comunidade e o procedimento concursal; (ii) prejuízo real e palpável que está sendo ou será sentido pela comunidade como consequência do concurso; e (iii) possibilidade de o prejuízo ser remediado no procedimento concursal. O uso desse exame diminuiria o número de interesses a ser levado em consideração. A pro-

237. Karen Gross, *Failure and Forgiveness – Rebalancing the Bankruptcy System*, cit., p. 193.

238. *Idem*, pp. 193-243.

239. Ao longo da obra a autora alega que a consideração apenas de interesses de devedores e credores faz com que o cenário da crise não seja visto integralmente. O seguinte trecho demonstra seu pensamento: “Rather than view and value individuals as autonomous and the debtor/creditor relationship as a private transaction between two parties designed to maximize wealth, we need a view that rests on the belief that people are interrelated on a variety of levels and that interconnectedness has value, even if it cannot be measured in economic terms” (Karen Gross, *Failure and Forgiveness – Rebalancing the Bankruptcy System*, cit., pp. 194-195).

240. Confira-se: “The universe of communities within the bankruptcy process includes the named participants – the debtors, creditors, and equity holders – and the unnamed participants. These are the families of debtors and creditors. They are future claimants. They are affected workers. They are local businesses that are not owed money. They are the communities where the debtor is located. They are the communities where a debtor’s acquirer may relocate the debtor’s business” (Karen Gross, *Failure and Forgiveness – Rebalancing the Bankruptcy System*, cit., p. 207).

fessora norte-americana também frisa que a consideração dos interesses da comunidade não deveria levar à prevalência deles, mas à busca de um equilíbrio entre todos os envolvidos. Para ela, referido equilíbrio deveria ser avaliado pelo juiz quando da confirmação do plano de reorganização. A própria autora, todavia, reconhece que mediante o uso desse mecanismo remanesce alguma insegurança jurídica, já que a avaliação deveria ser feita de caso para caso.<sup>241</sup>

Janis Pearl Sarra também ofereceu profundo estudo para esclarecer a importância de se levar em conta uma base mais ampla de interesses quando da decisão acerca da reorganização de uma empresa. Em seu livro<sup>242</sup> ela defende arduamente que aos detentores de interesses não econômicos deveria ser atribuído o direito de manifestação nos procedimentos de reestruturação sempre que seus interesses pudessem ser afetados.<sup>243</sup> A autora acredita que o objetivo do direito concursal – que, segundo ela, deve ser a *enterprise wealth maximization* – só pode ser alcançado mediante a atribuição aos diferentes interessados do direito de participação nas negociações e decisões que levam à aprovação de um plano de recuperação. Defende-se, assim, que a implementação de algumas medidas poderia facilitar a consideração desses interesses durante os processos de reorganização. Tais medidas incluiriam: (i) a notificação dos interessados (*stakeholders*) acerca do pedido de recuperação e dos demais passos do processo; (ii) a ampla divulgação das informações re-

241. As propostas foram objeto de elogios e críticas por parte da doutrina. V.: Marjorie L. Girth, “Rethinking fairness in bankruptcy proceedings”, cit., *American Bankruptcy Law Journal* 73 (1999), pp. 449-483; James J. White, “Failure and forgiveness: a review”, cit., *American Bankruptcy Law Journal* 73 (1999), pp. 435-447; Susan Block-Lieb, “A humanistic view of bankruptcy law”, *American Bankruptcy Institute Law Review* 6 (1998), pp. 471-493; Joseph A. Guzinski, “Failure and forgiveness: rebalancing the bankruptcy system”, *Bankruptcy Developments Journal* 15 (1999), pp. 401-408; e Robert M. Lawless, “Failure and forgiveness: rebalancing the bankruptcy system”, *Bankruptcy Developments Journal* 15 (1999), pp. 409-425. A autora rebate algumas das críticas: Karen Gross, “On the merits: a response to professors Girth and White”, *American Bankruptcy Law Journal* 73 (1999), pp. 485-498.

242. Janis Pearl Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations*, Toronto, University of Toronto, 2003.

243. De acordo com a autora, “while corporate restructuring should only occur where there is potential for successfully enhancing value through a viable business plan, workers and other stakeholders have important informational and human capital to contribute to both the negotiation process for the development of a plan and the successful turnaround of the restructured corporation. The restructuring process must develop incentives for such participation” (Janis Pearl Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations*, cit., p. 9).

lativas à situação econômico-financeira do devedor; (iii) a outorga de direitos de participação, como a composição em um comitê de credores ou de reestruturação, a representação dos trabalhadores pelo sindicato ou por representante eleito e a atribuição de papel de *amicus curiae* a representantes de grupos de interesse; e (iv) a outorga de direitos de decisão mediante o acesso à negociação, a ser garantido pelo Poder Judiciário, a formação de uma classe apenas de trabalhadores, em vista da natureza peculiar dos seus interesses, a quantificação do peso do voto de credores e demais interessados e a atenção aos casos de desrespeito aos deveres fiduciários.<sup>244</sup> Esse seria um caminho para conciliar os direitos dos credores tradicionais com o reconhecimento judicial de que os procedimentos de reestruturação envolvem o interesse público. Suas ideias, todavia, não ficaram imunes a intensas críticas.<sup>245</sup>

Julie A. Veach,<sup>246</sup> por seu turno, mediante estudo histórico das reorganizações das chamadas *railroads*, defende a estruturação de mecanismo capaz de dar voz às partes interessadas na recuperação da empresa. Acredita-se que o interesse público, definido como aquele que abrange os interesses de todos que têm participação financeira ou de qualquer outra natureza na empresa em crise, deve ser considerado em todos os casos de reorganização.<sup>247</sup> Com base na experiência das reorganizações de *railroads*, a autora advoga que a consideração do interesse público quando da concessão de uma reorganização não é algo inusitado. Alega-se, destarte, que: (i) isso já teria sido feito antes na história; (ii) o Judiciário mostrou-se um órgão capaz de ouvir e considerar interesses outros que não apenas os dos credores e devedores; (iii) os interessados podem se organizar em grupos para atuar de maneira estimável no procedimento; e (iv) há casos em que a ponderação dos interesses demonstrará que a falência é o melhor caminho. Uma importante atuação do juiz seria

244. Janis Pearl Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations*, cit., pp. 281-283.

245. V. Richard Lieb, “Janis Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations* (University of Toronto Press, 2003)”, *American Bankruptcy Institute Law Review* 11 (2003), pp. 551-559.

246. Julie A. Veach, “On considering the public interest in bankruptcy: looking to the railroads for answers”, *Indiana Law Journal* 72 (1997), pp. 1.211-1.230.

247. Para justificar esse posicionamento a autora faz referência às antigas e atuais regras aplicáveis à reorganização de *railroads*, enfocando principalmente a previsão de que essas reorganizações devem ser feitas no *interesse público* — expressão que, após longo desenvolvimento, passou a ser interpretada como aquela que abrange diferentes interesses, dentre eles os dos credores.



necessária para tanto, já que ao magistrado caberia avaliar a existência de equilíbrio entre todos os envolvidos. Ademais, a autora sustenta que o conceito de *part in interest*, usado pelo *Bankruptcy Code* para atribuir a alguns o direito de ser ouvido pelo tribunal, deveria ser ampliado, para conotar todos aqueles que tivessem *sufficient stake in the proceeding* – o que, claramente, não incluiria apenas manifestações por parte de agentes com alguma participação econômica direta no caso.

Nathalie D. Martin<sup>248</sup> também se dedicou ao tema e a demonstrar a insuficiência de se permitir somente a participação no procedimento concursal de pessoas que tenham relações estritamente econômicas com o devedor.<sup>249</sup> Em busca da ampliação dos participantes no procedimento de reorganização, a autora defende a ampliação da legitimidade para participar (*standing right*) no processo e ser ouvido pelo magistrado. Caberia, então, avaliar se os alegados interesses seriam afetados pelo plano e permitir sua efetiva consideração no momento da sua confirmação e em todos os casos em que houvesse alienação de grande parte dos ativos da companhia.<sup>250</sup> A permissão para que esses interesses sejam manifestados traria, além de tudo, conhecimento que seria de grande valia para o desenvolvimento de futuras políticas concursais.

Todas essas propostas, muito embora caminhem para a admissão de novos interesses no procedimento de reorganização de empresas, não foram capazes de, até o momento, estruturar um sistema considerado adequado a ponto de ser completamente utilizado pelo Poder Judiciário norte-americano.<sup>251</sup>

248. Nathalie D. Martin, “Noneconomic interests in bankruptcy: standing on the outside looking in”, cit., *Ohio State Law Journal* 59 (1998), pp. 429-505.

249. A autora chega a mencionar algumas decisões judiciais que levaram interesses não econômicos em consideração (“Noneconomic interests in bankruptcy: standing on the outside looking in”, cit., *Ohio State Law Journal* 59 (1998), p. 450, nota de rodapé 89). Exemplos de interesses não econômicos seriam aqueles detidos por trabalhadores que não possuem créditos e moradores de uma localidade que, além do devedor, não têm outro prestador de determinado serviço.

250. Em resposta àqueles que alegam os inestimáveis custos em que se incorreria no caso de novas partes serem adicionadas ao procedimento, a autora alega que “we can pay now through responsive legal and social systems or pay later through unresponsive ones that create other forms of economic and social waste” (“Noneconomic interests in bankruptcy: standing on the outside looking in”, cit., *Ohio State Law Journal* 59 (1998), p. 503).

251. Mas a ampliação de interesses já vem ocorrendo. Jurisprudência que comprova isso pode ser encontrada em Karen Gross, “A response to J. J. White’s death and resurrection of secured credit: finding some trees but missing the forest”, cit., *American Bankruptcy Institute Law Review* 12 (2004), p. 210, nota de rodapé 41.



No Brasil, a adoção de uma perspectiva mais ampla quanto à apreciação dos interesses demonstra-se inteiramente adequada às linhas do atual direito concursal. Conforme indicado ao longo do presente trabalho, a Lei de Recuperação e Falência foi responsável por profunda ruptura na base principiológica do sistema que cuida da crise empresarial.<sup>252</sup> A partir de 2005 o diploma concursal passou a reconhecer expressamente o valor contido na função social da empresa e na busca de sua preservação. Foi assim que se afastou de uma visão estritamente voltada ao balanceamento de interesses de devedores e credores e, mediante postura mais abrangente, incorporou a importância de outros agentes que afetam e são afetados pela existência de uma empresa.

Estando presente nos princípios o respeito a uma miríade de interesses, resta garantir que isso seja refletido nas regras que guiam o procedimento de recuperação de empresas no Brasil. Assim, torna-se imperioso buscar caminhos que permitam de forma eficaz a proteção a todos os envolvidos.<sup>253</sup>

Parece interessante atentar à recomendação de Axel Flessner,<sup>254</sup> que, julgando ser essencial a participação de todos os interessados, sugere que isso seja feito mediante a garantia de direitos de informação, voz e pedido de abertura de procedimentos de recuperação. O último tema foi tratado no item 4.1.1, acima, a relevância do primeiro foi destacada no item 4.1.2.3, supra, ao passo que o segundo será objeto de imediato estudo.

O momento da apreciação judicial do plano de recuperação pode representar ocasião oportuna<sup>255</sup> para que sejam considerados não apenas os interesses de credores e devedores.

252. Com base em dados jurisprudenciais, Júlio Kahan Mandel e Paulo Calheiros falam em uma quebra de paradigmas ocasionada pela Lei de Recuperação e Falência (“Balanço dos três anos da nova Lei de Falências”, *Valor Econômico* 12.3.2008, p. E2).

253. Deseja-se, portanto, que o sistema jurídico se afaste da tradição, notada por Fábio Konder Comparato (“A reforma da empresa”, in *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 13), de previsão de meros remédios para a proteção de interesses individuais, esquecendo-se da defesa de interesses mais amplos ou difusos.

254. Axel Flessner, *Sanierung und Reorganisation: Insolvenzverfahren für Großunternehmen in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Untersuchung*, cit., p. 274.

255. Ressalte-se, desde logo, que, conforme abaixo detalhado (item 4.1.2.4.1), a proposta de consideração no momento da homologação não afasta o uso de instrumentos voltados aos mesmos propósitos em momentos mais iniciais do processo de recuperação.

#### 4.1.2.4.1 Consideração no momento da homologação

Recebendo o magistrado o teor da decisão dos credores acerca do plano de recuperação, seja ela expressa – isto é, decorrente de assembleia-geral – ou tácita – ou seja, caso não tenham sido apresentadas objeções ao plano –, alcança-se o momento em que o Poder Judiciário é chamado a se manifestar sobre o futuro do devedor.<sup>256</sup>

Trata-se de situação propícia para que interesses mais amplos que aqueles detidos pelos participantes diretos do procedimento de recuperação judicial possam ser considerados.<sup>257</sup> Tendo-se em vista que aqueles interesses nem sempre se encontram totalmente alinhados com os dos credores e devedores,<sup>258</sup> a ocasião que precede a homologação do plano ou a convolação da recuperação judicial em falência constitui época favorável à expansão dos valores envolvidos pela crise empresarial.

Resta, então, imaginar como essa dilatação poderia ocorrer de forma a garantir que os mais vastos interesses sejam efetivamente ponderados quando da manifestação judicial acerca do pedido de recuperação.

Um primeiro passo para que esses interesses sejam considerados diz respeito ao seu conhecimento pelo magistrado da causa. Necessário, portanto, conceber mecanismos para que a informação adequada chegue ao Judiciário. Conforme detalhado abaixo, possíveis medidas nesse sentido poderiam dizer respeito à atuação qualificada do *Parquet*, como

256. Note-se, desde logo, que, conforme já reconhecido em acórdão do TJSP, o magistrado não deve ser visto no processo de recuperação judicial como mero chancelador das decisões dos credores. A deliberação deve ser respeitada, mas também deve ser submetida à análise judicial, que avaliará, dentre outros requisitos, a legalidade da tomada de decisão e a inexistência de abuso no exercício do direito de voto por parte dos credores. Confira-se: “Com a devida vênia, mesmo considerando-se que, efetivamente, a nova lei conferiu aos credores maior atuação no processo de recuperação judicial, já que são os principais interessados na manutenção da empresa, tal situação não tem o condão de transformar o magistrado em um mero chancelador ou homologador das deliberações assembleares” (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 461.740 4/4-00, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 28.2.2007).

257. Em sentido contrário, v. Wilhelm Uhlenbruck, que acredita que o juiz, ao menos sob as regras da *InsO* alemã, deve apenas desempenhar o papel de guardião da legalidade (“Erfahrungen mit der neuen Insolvenzordnung aus der Sicht des Richters”, in Markus Heintzen e Lutz Kruschwitz (orgs.), *Unternehmen in der Krise*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, p. 150).

258. Cf. Karen Gross, Gross, *Failure and Forgiveness – Rebalancing the Bankruptcy System*, cit., pp. 208 e 242.

ente defensor dos interesses sociais, e à organização de interessados em classes ou comitês, admitindo-se a ampliação do rol de agentes com participação processual na recuperação.

No Direito Brasileiro poder-se-ia dizer que a participação do Ministério Público nos procedimentos concursais funcionaria como meio de proteger interesses outros que não aqueles diretamente representados, na medida em que o promotor pode se manifestar sobre o plano antes da assembleia-geral de credores<sup>259</sup> e deve agir em defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais.<sup>260</sup>

Acerca da relevante atuação do referido órgão, Márcio Souza Guimarães<sup>261</sup> ressalta que há motivos para a intervenção ministerial sempre que se estiver diante de temas relativos ao interesse público primário, entendido como o interesse social, o qual, por seu turno, estaria relacionado à proteção dos interesses transindividuais<sup>262</sup> encontrados nos procedimentos de insolvência. Identifica-se, nesse diapasão, a existência de interesses difusos na preservação da empresa, os quais merecem tutela e, para tanto, reclamam a presença do promotor.

Assim, a participação do Ministério Público justifica-se, e até se torna essencial à prestação jurisdicional, sempre que sua atuação for

259. A lei não é clara quanto a isso, mas essa louvável interpretação já foi proposta por Alberto Camiña Moreira (“Poderes da assembleia de credores, do juiz e a atividade do Ministério Público”, cit., in Luiz Fernando Valente de Paiva (coord.), *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas Poderes da Assembleia de Credores*, p. 270).

260. Nos termos do art. 127 da CF, “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Em interpretação a esse artigo, J. M. M. Proença acredita na atuação do Ministério Público em defesa dos objetivos sociais da lei, como a manutenção da atividade produtiva e dos empregos (in Rubens Approbato Machado (coord.), *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, cit., p. 72).

261. Márcio Souza Guimarães, “O Ministério Público no novo sistema de insolvência empresarial. A habilitação e a impugnação de créditos”, in Paulo Penalva Santos (coord.), *A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Lei 11.101/2005*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 37).

262. O autor também apresenta as classificações dos interesses transindividuais em difusos, coletivos e individuais homogêneos, citando exemplos de cada um deles nos processos de recuperação e falência (Márcio Souza Guimarães, “O Ministério Público no novo sistema de insolvência empresarial. A habilitação e a impugnação de créditos”, cit., in Paulo Penalva Santos (coord.), *A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Lei 11.101/2005*, pp. 43-56).

considerada socialmente proveitosa – o que ocorre nas situações de interesses transindividuais em que haja ampla dispersão de lesados.<sup>263</sup>

Note-se que o estudo do papel atribuído ao Ministério Público demonstra que houve um pretenso afastamento da atuação do *Parquet* nos procedimentos previstos na Lei de Recuperação e Falência. De fato, quando da homologação da lei, o art. 4º do texto aprovado pelo Congresso<sup>264</sup> – dispositivo destinado a cuidar da intervenção do Ministério Público nos procedimentos de recuperação e falência – foi vetado pelo Presidente da República.<sup>265</sup>

263. Cf. Hugo Nigro Mazzilli, *Introdução ao Ministério Público*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 64.

264. O senador Demóstenes Torres, quando da discussão do projeto de lei que redundou na Lei de Recuperação e Falência, defendeu a ampla participação do Ministério Público, lembrando que sua atuação poderia visar à proteção de *stakeholders* que não têm participação no processo de recuperação judicial: “Ouvi, atentamente, o nobre senador Ramez Tebet dizer que não há necessidade de o Ministério Público ser intimado pessoalmente, porque, na realidade, na maioria dos casos trata-se de uma briga, um confronto entre particulares, e, assim, não haveria qualquer razão para que interferisse, exceto naqueles atos já estipulados na lei e no projeto que acaba de ser aprovado. Mas isso é um engano. (...). E mais: na Lei de Falências há um universo de trabalhadores que precisam preservar seus direitos; de consumidores que, possivelmente, têm interesse na sobrevivência da empresa e na preservação de seus direitos; de credores que também podem ser protegidos pelo Ministério Público” (*Diário do Senado Federal*, 7.7.2004, p. 21.120, disponível em <http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2004/07/06072004/21079.pdf>, acesso em 8.9.2008).

265. O texto do referido art. 4º estava assim redigido:

“Art. 4º. O representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência.

“Parágrafo único. Além das disposições previstas nesta Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta.”

A mensagem do veto, por seu turno, foi a seguinte: “O dispositivo reproduz a atual Lei de Falências – Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, que obriga a intervenção do *Parquet* não apenas no processo falimentar, mas também em todas as ações que envolvam a massa falida, ainda que irrelevantes, e.g. execuções fiscais, ações de cobrança, mesmo as de pequeno valor, reclamatórias trabalhistas etc., sobrecarregando a Instituição e reduzindo sua importância institucional. Importante ressaltar que no autógrafo da nova Lei de Falências enviado ao Presidente da República são previstas hipóteses, absolutamente razoáveis, de intervenção obrigatória do Ministério Público, além daquelas de natureza penal. Senão, veja-se: ‘Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: (...) V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento’. ‘Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: (...) XIII – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às

Há quem compreenda que o veto presidencial ao art. 4º da Lei de Recuperação e Falência representa verdadeira limitação à participação do Ministério Público na recuperação judicial e que o referido Órgão só deveria se manifestar nas situações expressamente estabelecidas na própria lei.<sup>266</sup> Uma interpretação tão restritiva, contudo, não deve ser aceita, sob pena de impedir que o *Parquet* exerça sua função constitucional.<sup>267</sup> Ao mesmo tempo em não há que se defender sua manifestação injustificada e que acarreta, conforme se verificou sob a experiência do Decreto-lei 7.661/1945, delongas prejudiciais a todas as partes, o desejo de todos pela redução da duração dos processos, que era agravada pelas

Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para que tomem conhecimento da falência.’ ‘Art. 142 (...). § 7º. Em qualquer modalidade de alienação, o Ministério Público será intimado pessoalmente, sob pena de nulidade.’ ‘Art. 154. Concluída a realização de todo o ativo, e distribuído o produto entre os credores, o administrador judicial apresentará suas contas ao juiz no prazo de 30 (trinta) dias. (...) § 3º. Decorrido o prazo do aviso e realizadas as diligências necessárias à apuração dos fatos, o juiz intimará o Ministério Público para manifestar-se no prazo de 5 (cinco) dias, findo o qual o administrador judicial será ouvido se houver impugnação ou parecer contrário do Ministério Público.’ O Ministério Público é, portanto, comunicado a respeito dos principais atos processuais e nestes terá a possibilidade de intervir. Por isso, é estreme de dúvidas que o representante da Instituição poderá requerer, quando de sua intimação inicial, a intimação dos demais atos do processo, de modo que possa intervir sempre que entender necessário e cabível. A mesma providência poderá ser adotada pelo *Parquet* nos processos em que a massa falida seja parte. Pode-se destacar que o Ministério Público é intimado da decretação de falência e do deferimento do processamento da recuperação judicial, ficando claro que sua atuação ocorrerá *pari passu* ao andamento do feito. Ademais, o projeto de lei não afasta as disposições dos arts. 82 e 83 do Código de Processo Civil, os quais preveem a possibilidade de o Ministério Público intervir em qualquer processo, no qual entenda haver interesse público, e, neste processo específico, requerer o que entender de direito”.

266. Fábio Ulhoa Coelho é ferrenho defensor da atuação minimalista do Ministério Público, e acredita que a prática, sob o Decreto-lei 7.661/1945, de vasta manifestação apenas contribuía para a delonga processual, o que deve ser evitado sob a atual lei, para que as funções constitucionais do Órgão não sejam distorcidas (*Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, cit., 3ª ed., p. 29).

267. A favor da ampla atuação do Ministério Público, Márcio Souza Guimarães menciona a “irrelevância do veto presidencial ao art. 4º do Projeto de Lei da Câmara 71/2003, que deu azo à Lei 11.101/2005, com enfoque constitucional sobre a obrigatoriedade da atuação do Ministério Público nos processos de falências, recuperação judicial e extrajudicial, sob pena de nulidade” (“O Ministério Público no novo sistema de insolvência empresarial. A habilitação e a impugnação de créditos”, cit., in Paulo Penalva Santos (coord.), *A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Lei 11.101/2005*, pp. 31-32).

constantes remessas dos autos ao Ministério Público, não deveria ser motivo para a acentuada restrição na participação da Instituição.

Não cabe dizer, ademais, que o procedimento de recuperação judicial só envolveria interesses privados.<sup>268</sup> Conforme demonstrado acima, importante alteração no sistema concursal brasileiro refere-se justamente à valorização conferida ao conjunto de interesses abrangidos pela sociedade empresária, os quais não se resumem a interesses particulares, e ao reconhecimento de um verdadeiro interesse público na preservação da empresa.

Além disso, a repercussão social e econômica decorrente dos procedimentos tendentes a superar uma situação de crise econômica empresarial alcança níveis de grande amplitude.<sup>269</sup> Os interesses da comunidade e da economia como um todo bem como a possibilidade de se atingir uma cadeia de crédito e indivíduos ou grupos não diretamente ligados à empresa demonstram a existência de relevantes interesses abrangidos pela recuperação de uma empresa viável – o que dá ensejo à legitimidade da intervenção do Ministério Público no processo.

Importante mencionar que a atuação que ora se defende diz respeito a uma atuação *qualificada*,<sup>270</sup> em defesa dos interesses e princípios estabelecidos na Lei de Recuperação e Falência. Talvez resida aí o mais importante papel do *Parquet* quando do trato de processos de recuperação judicial. O que se pleiteia, portanto, é que o membro do Ministério Público possa agir não apenas como fiscal da lei – papel que lhe é ine-

268. Nesse sentido caminha F. U. Coelho: “Estando em jogo interesses privados, não há razões para exigir-se do órgão [Ministério Público] uma constante intervenção. Na recuperação judicial, o Ministério Público só deve ser chamado a intervir no processo de recuperação de empresa quando expressamente previsto” (*Comentários à Nova Lei de Falências* cit., p. 31). Em contraposição, vide A. Camiña Moreira: “O interesse público é que justifica a atuação do Ministério Público nas lides concursais, como largamente se conhece. Os livros costumam indicar larga doutrina nesse sentido. A Suprema Corte dos EUA decidiu, quando enfrentava a questão de competência das cortes falimentares, que certos temas do processo falimentar são de ‘public rights’;” (*Poderes da Assembleia de Credores* cit., p. 268).

269. Daí se falar na existência de um *interesse público*, que, segundo Manuel Justino Bezerra Filho, justifica a remessa dos autos ao Ministério Público sempre que o magistrado achar que a situação recomenda a oitiva do órgão (*Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*, São Paulo, Ed. RT, 2005, p. 56).

270. Trata-se de adjetivo utilizado por Mauro Rodrigues Penteadó (in Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*, cit., 2ª ed., p. 128).



rente<sup>271</sup> –, mas que, a par de cuidar da lisura do procedimento, seja a ele permitido valer-se de instrumentos voltados à tutela dos interesses envolvidos pela empresa em crise.<sup>272</sup>

Essa solução, contudo, pode não resolver todas as questões. Meio complementar à manifestação do representante do Ministério Público poderia ser, então, a atribuição de direito de voz a esses interessados que, nos termos da lei, não têm qualquer mecanismo de apresentação de seus argumentos – favoráveis ou contrários à recuperação – ao magistrado. Esse mecanismo deveria ser acompanhado da previsão de alguma atuação do juiz que lhe permitisse ponderar a decisão dos credores com as manifestações desses outros interessados. Como visto, nesse sentido caminha o posicionamento de Nathalie D. Martin,<sup>273</sup> autora que defende o reconhecimento da legitimidade ativa desses interessados, que poderiam ser ouvidos em algumas deliberações – dentre elas aquelas que digam respeito à votação do plano de recuperação.

Ressalte-se que, conforme se versará abaixo, sob a indicação de se tratar de mecanismo de prevenção de abusos, a defesa de interesses, por meio do Ministério Público ou dos próprios interessados, poderia ser ainda mais eficaz caso fosse autorizada antes mesmo da realização da assembleia-geral de credores convocada para a deliberação sobre o plano de recuperação. Sabendo-se que os credores reunidos podem aceitar, rejeitar ou propor alterações ao plano, seria de todo interessante que antes do encontro dos credores eles estivessem informados sobre os in-

271. Exercer o papel de *custos legis* é, de resto, reconhecida atribuição do Ministério Público nos procedimentos concursais (cf., por exemplo: Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn, *Falência e Recuperação da Empresa em Crise: Comparação com as Posições do Direito Europeu*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 54; Cassio Scarpinella Bueno, *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um Terceiro Enigmático*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 411).

272. O TJSP também reconhece que o Ministério Público exerce o papel de *custos legis* no processo concursal e, ao lado disso, ressalta que ele não é parte, sendo, portanto, a ele vedado que “interfira na relação que diz respeito exclusivamente ao devedor e aos credores” (Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 627.497-4/3-00, rel. Des. Romeu Ricupero, j. 30.6.2009). Os termos do referido julgado demonstram que, de acordo com posicionamento jurisprudencial, ao contrário do que se defende no presente estudo, a recuperação judicial é campo que se relaciona apenas ao devedor e aos seus credores, o que impede a participação da Instituição ministerial com vistas à defesa de gama mais ampla de interessados.

273. Nathalie D. Martin, “Noneconomic interests in bankruptcy: standing on the outside looking in”, cit., *Ohio State Law Journal* 59 (1998), p. 503.



teresses dos demais envolvidos. Trata-se de tema a ser apresentado no item 4.1.2.4.2, abaixo.

Na realidade, a prática demonstra que os juízes já costumam avaliar a deliberação assemblear dos credores e os dispositivos legais, tendo em vista o propósito declarado pela Lei de Recuperação e Falência no seu art. 47 e os benefícios decorrentes da recuperação de determinadas empresas.<sup>274</sup> Entretanto, a atuação do magistrado após a aprovação ou rejeição do plano de recuperação pela assembleia-geral de credores não consta da Lei de Recuperação e Falência. Da mesma forma, não se encontra na atual legislação concursal qualquer referência à participação direta de não detentores de créditos interessados na recuperação do devedor em crise que busca socorro no Poder Judiciário.

Mister lembrar, ademais, que a determinação de respeito a interesses como os dos trabalhadores e da comunidade não pode soar estranha aos casos de sociedades por ações que solicitam a recuperação judicial. Sabe-se que a lei acionária brasileira determina que a companhia seja conduzida em observância a uma ampla gama de interesses.<sup>275</sup>

Um quadro de valores aplicável a empresas em condições de exercício normal de suas atividades não deve ser alterado arbitrariamente

274. Esse é, por exemplo, o que fazem os magistrados que concedem recuperações judiciais sem que os devedores apresentem certidões negativas de débitos tributários, as quais são – nos termos dos arts. 57 da Lei de Recuperação e Falência e 191-A do CTN – requisito necessário à homologação do plano de recuperação. Sobre o tema a jurisprudência firmou-se no sentido de tornar desnecessária a mencionada apresentação, ao menos enquanto a lei de parcelamento fiscal para empresas em crise não for aprovada. Nesse sentido, cf.: “Recuperação judicial – Aprovação do plano de recuperação judicial – Decisão que concede a recuperação judicial, com dispensa da apresentação das certidões negativas de débitos tributários exigidas pelo art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e art. 191-A do CTN – Recurso interposto pela União Federal – Reconhecimento da legitimidade e interesse em recorrer, como ‘terceiro prejudicado’, mesmo não estando os créditos tributários sujeitos a habilitação na recuperação judicial – Exigência do art. 57 da LRF que configura antinomia jurídica com outras normas que integram a Lei n. 11.101/2005, em especial o art. 47 – Abusividade da exigência enquanto não for cumprido o art. 68 da nova lei, que prevê a edição de lei específica sobre o parcelamento do crédito tributário para devedores em recuperação judicial – Dispensa da juntada das certidões negativas ou das positivas com efeito de negativas mantida – Agravo desprovido” (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 439 602 4/9-00, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 17.1.2007).

275. V. art. 116, parágrafo único, da Lei das Sociedades por Ações.

nas situações de crise.<sup>276</sup> Isso se aplica com maior clareza aos casos das sociedades por ações brasileiras, as quais são regidas por um diploma de cunho institucionalista que preza pelo respeito aos inúmeros interesses abrangidos pela organização que constitui a companhia. Se essa imposição legal é encontrada no diploma que regula a vida das sociedades por ações brasileiras, não se pode negar sua aplicabilidade nas situações de crise empresarial, as quais podem atingir os mesmos interesses de forma ainda mais incisiva. Ao adentrarem um procedimento de recuperação, o qual também prima pelo balanceamento de interesses, nada há que justifique uma modificação de valores, com primazia a qualquer das partes envolvidas. Assim, agentes tutelados antes da crise não devem deixar de receber o mesmo tratamento sob o argumento da satisfação aos credores.

Em procedimentos de reorganização, caso se alegue que a mesma lógica não pode ser aplicada, devido à ausência de dispositivo expresso nesse sentido e à presença de regra clara que atribui a decisão aos credores, pode-se imaginar que, muito embora não se concorde com o argumento, nem mesmo seria necessário defender em absoluto a submissão dos interesses de devedores e credores aos da comunidade, mas ao menos que outro elemento fosse adicionado à equação, e não simplesmente ignorado.

Vê-se que a solução apresentada, salvo balizada construção jurisprudencial e doutrinária, envolveria necessária alteração legislativa que previsse tanto a oitiva de interessados quanto os critérios para ponderação de todos os interesses envolvidos.

Há que se lembrar, por fim, que uma participação como a que ora se defende apoia-se sobre o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, o qual deve ser visto como a mais relevante garantia dos direitos subjetivos.<sup>277</sup> Assim, o princípio segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da CF) deve ser aplicado em todas as situações, inclusive naquelas em que a lesão ao direito ainda não foi verificada, bastando a existência de uma ameaça. Acredita-se que a decisão acerca do futuro de uma empresa em crise sem que sejam considerados todos

276. Cf. Lorenzo Stanghellini, “Proprietà e controllo dell’impresa in crisi”, cit., *Rivista delle Società* 5 (setembro-outubro/2004), p. 1.068.

277. Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 33ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 431.

os interesses abrangidos pode representar ameaça a direito não tolerada pelo ordenamento jurídico – e que deve, portanto, ser evitada.

#### 4.1.2.4.2 Instrumentos de prevenção e de controle de abusos

Apresentada a relevância da consideração dos diversos interesses quando da recuperação judicial de uma empresa em crise e dos mecanismos para sua efetivação no momento da homologação do plano de recuperação, cumpre avaliar se o respeito a esses interesses pode ser alcançado mediante outras vias.

Com esse propósito, serão ponderados instrumentos de prevenção e de controle do abuso consistente no desprestígio aos diversos interessados. Dentre os primeiros, serão estudadas: (i) a participação, durante o processo e especialmente em momento imediatamente anterior à deliberação dos credores sobre o plano de recuperação, do Ministério Público, de partes interessadas no procedimento e de entes atuando como *amicus curiae*; (ii) a imposição de deveres fiduciários aos responsáveis pela criação do plano e pela condução da empresa; e (iii) a importância da criação de regras de alerta e prevenção da crise empresarial. Dentre os instrumentos de controle, por sua vez, serão mencionados: (i) os recursos às decisões judiciais que consentem com o referido desrespeito; e (ii) as ações civis públicas voltadas à proteção de interesses transindividuais.

##### 4.1.2.4.2.1 Instrumentos de prevenção

O primeiro dos instrumentos de prevenção, conforme indicado acima, diz respeito à autorização para que o representante do Ministério Público, os próprios interessados e entidades agindo como *amicus curiae* se manifestem, em defesa de interesses não diretamente representados no processo, ao longo do procedimento e notadamente antes que os credores, reunidos em assembleia-geral, decidam acerca da recuperabilidade do devedor.

Como visto supra, a participação do *Parquet* ou de outros agentes quando da apreciação judicial do plano é um dos caminhos para se alcançar a efetiva realização do princípio da preservação da empresa. Ocorre que melhor que esperar o momento da avaliação a ser feita pelo juiz seria o consentimento para que os mais variados interesses fossem ouvidos durante o processo – e, sobretudo, antes da deliberação dos credores.

Note-se que a oitiva dos interessados, muito embora não represente a obrigatoriedade da satisfação integral de seus pleitos, não acarreta somente a mera exposição, sem futuras implicações. Trata-se de medida que, inicialmente, visa a fornecer dados aos agentes competentes para que tomem uma decisão informada acerca da recuperação em questão. Nesse sentido, essa participação antes da realização da assembleia-geral de credores permite que credores e devedor ponderem os novos elementos e tentem ajustar as negociações de forma a também satisfazer outros interesses legítimos. Em um segundo momento, a informação prestada pelos demais interessados e a decisão obtida na assembleia-geral também podem ser apreciadas pelo magistrado.

A sugestão de ampliação da rede de interesses por meio da autorização para a participação processual de novas partes, apresentada no item 4.1.2.4, poderia ser aprimorada mediante o desenvolvimento de instrumentos para a organização desses interesses. Conforme visto, os interesses dos credores foram organizados pelo legislador brasileiro principalmente por meio da criação de classes. A separação dos credores em grupos e a atribuição do direito de voto foi o engenho empregado para que cada detentor de crédito pudesse defender seu respectivo direito. Previu-se, ainda, a possibilidade de os credores constituírem um comitê voltado precipuamente à fiscalização do devedor, conforme detalhado no item 4.1.5, *infra*.

Em face dessas duas estruturas de organização e representação dos interesses de credores, pode-se imaginar se elas também não seriam capazes de contribuir para o desiderato de respeito a um mais extenso conjunto de interesses. Considerando-se o arcabouço legal brasileiro, fundado na proposta de conferência aos credores de papel determinante no processo decisório da recuperação judicial, pode-se imaginar que mais admissível que a concessão do direito de voto aos interessados que não tenham interesses diretamente pecuniários no devedor – o que envolveria, dentre outras, a dificuldade de medição do valor do voto por eles proferido – seria a criação de um comitê a ser formado por representantes dos mais diferentes interesses. Um comitê de outros interessados seria órgão de extrema serventia no propósito de organização de tais interesses. Ele seria um meio eficaz para a formulação de propostas e discussão com devedor e credores.<sup>278</sup>

278. Reconhece-se que essa ideia se apresenta bastante embrionária e que merece ser desenvolvida e aprofundada em termos de definição de formas de par-

Também é de se cogitar dos possíveis benefícios decorrentes da intervenção de entidades que atuem como *amicus curiae* durante a recuperação judicial, já que não se pode deixar que interesses subjacentes ao processo não encontrem representação em juízo.<sup>279</sup> A participação do *amicus curiae* em casos de recuperação poderia constituir instrumento de grande valor quando da busca pela prevenção de abusos, pois sua atuação pauta-se justamente pelo objetivo de apresentar ao juízo e buscar tutelar interesses e direitos que extrapolam aqueles defendidos pelas partes no processo.<sup>280</sup> Cuida-se, portanto, de mecanismo processual que poderia contribuir – e muito – na luta pelo respeito a uma gama maior de interesses abrangidos pela crise empresarial.<sup>281</sup>

Ao lado da participação de interessados, outro mecanismo que facilitaria a incorporação de interesses não pecuniários na recuperação judi-

participação e escolha de representantes, dentre outros fatores. A opção pela sua apresentação, contudo, busca provocar debates acerca da necessidade da formulação de mecanismos capazes de refletir de forma efetiva o propósito de preservação da empresa.

279. Para uma defesa da generalização da admissão do *amicus curiae* no processo civil brasileiro, v. Cassio Scarpinella Bueno, *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um Terceiro Enigmático*, cit., 2ª ed., p. 621. A necessidade de representação de todos os interesses no processo é ressaltada pelo autor na p. 672.

280. Bastante esclarecedor do papel do *amicus curiae* é o seguinte trecho: “(...) o que nos parece ser essencial para a caracterização do *amicus curiae*: a busca, em juízo, da tutela de interesses ou direitos não subjetivados nas partes litigantes nem, propriamente, nele, *amicus*, mas que têm o condão de influenciar, de forma mais ou menos intensa, o julgamento da causa. Interesses ou direitos que já estão postos perante o juízo, ainda que de forma pouco perceptível, ou que, mercê de sua grande dispersão na sociedade civil ou nos próprios polos do Estado, mostram-se carentes de adequada consideração. O *amicus*, analisada a questão desse prisma, tem condições de canalizar aqueles interesses, representando-os adequada e suficientemente em juízo” (Cassio Scarpinella Bueno, *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um Terceiro Enigmático*, cit., 2ª ed., p. 668).

281. Assim se manifestou o Min. Celso de Mello acerca do instituto quando da admissão da participação de entidade como *amicus curiae*: “(...) a admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, (...) [permite] que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. (...). Cabe registrar, por necessário, que a intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio” (ADI 2.130, decisão monocrática de 20.12.2000, DJU 2.2.2001).

cial diz respeito ao reconhecimento da incidência de deveres fiduciários sobre o devedor enquanto mantido na condução dos negócios. Conforme se verá em mais detalhes no item 4.1.4.1, abaixo, o devedor tem deveres fiduciários que devem alcançar todos os abrangidos pela companhia.<sup>282</sup> A verificação do cumprimento desses deveres e a punição em caso de descumprimento<sup>283</sup> tendem a acarretar uma proteção, ainda que indireta, a entes afetados pela crise empresarial mas que não têm, no sistema estruturado pela Lei de Recuperação e Falência, voz ativa nos procedimentos de recuperação.

Da mesma forma, deveres iguais devem ser impostos àqueles que criam o plano de recuperação judicial. Note-se que aqui não se faz referência apenas ao devedor, que, de acordo com o ordenamento brasileiro, elabora a primeira proposta de plano. Acredita-se que os referidos deveres devem recair sobre todos aqueles que ficam responsáveis pelos termos do plano, o que, como visto, inclui tanto os credores quanto o devedor, pois os primeiros podem negociar os termos do documento submetido pelo segundo, o que, em certa medida, os torna coautores das regras que regerão a atuação do mencionado devedor. Assim, a todos eles devem ser aplicados os deveres de respeito para com os mais amplos interesses abrangidos pela companhia em crise.

Por fim, os últimos instrumentos de prevenção do abuso consistente na falta de respeito e consideração aos diversos interesses que compõem a companhia dizem respeito a mecanismos de alerta e prevenção da própria crise empresarial. Conforme inicialmente percebido pelo legislador francês, uma das maneiras de evitar o prejuízo decorrente da crise é evitá-la.<sup>284</sup>

Trata-se de tema do qual o legislador brasileiro pode se ressentir por ter deixado de considerar quando da relevante reforma concursal operada em 2005. Mas essa não é uma exclusividade brasileira. Recentes

282. Cf. Nathalie D. Martin, "Noneconomic interests in bankruptcy: standing on the outside looking in", cit., *Ohio State Law Journal* 59 (1998), pp. 439-440.

283. Ressalte-se, aqui, a relevância da CVM na avaliação do descumprimento de deveres legais por parte do acionista controlador e dos administradores da companhia aberta em crise empresarial, consoante o art. 9º, V, da Lei 6.385, de 7.12.1976.

284. A relevância de instrumentos de prevenção é também afirmada por Alberto Jorio, "Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi", cit., *Giurisprudenza Commerciale* I (1994), p. 550.

legislações concursais estrangeiras também sofreram pela ausência de previsões relativas à matéria.<sup>285</sup>

Acerca do tema da precaução com relação à configuração da crise, seria inapropriado, no Brasil, deixar de atribuir valor ao avanço consistente na autorização legal e no incentivo à realização de recuperações extrajudiciais. Sem dúvida, trata-se de instituto de extrema relevância no que tange às preocupações com a previsão da crise empresarial, na medida em que a prevenção se constitui de dois passos, quais sejam: a detecção da crise e seu tratamento mediante acordos amigáveis.<sup>286</sup> Vê-se, assim, que o ordenamento pátrio cuidou do segundo dos dois braços da prevenção. Ocorre que, objetivando-se a mais adequada composição dos amplos interesses abrangidos pela empresa, cabe defender a estruturação de mecanismos destinados à prévia identificação da crise.

Deste modo, outros instrumentos poderiam ter sido ventilados com vistas a impedir a verificação da crise, de difícil reversão, e, ao mesmo tempo, a tutelar outros interesses abrangidos pela empresa.<sup>287</sup> Referência deve, então, ser feita à experiência francesa.

285. Essa é, por exemplo, a situação da Espanha, conforme se depreende do relato crítico de María Isabel Álvarez Vega, de acordo com quem o legislador espanhol não conferiu atenção aos mecanismos de prevenção de crise, dificultando que seu diagnóstico precoce pudesse propiciar a criação de um plano de viabilidade. Críticas são tecidas, por exemplo, à inexistência de um período de observação, conforme se observa na experiência do Direito Comparado, bem como à impossibilidade de credores, em caso de crise eminente, solicitarem a abertura do concurso (“Soluciones concursales y paraconcursoales a la crisis de empresa. La función conservativa del concurso de acreedores en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal”, cit., *Revista de Derecho Privado* setembro-outubro/2004, pp. 589-590). Para críticas sobre a ausência de medidas de prevenção, v., ainda, Ángel Rojo, “La reforma del derecho concursal español”, in Ángel Rojo (org.), *La Reforma de la Legislación Concursal: Jornadas sobre la Reforma de la Legislación Concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 107-109 (com sugestões da adoção tanto de instrumentos de prevenção pela informação quanto de mecanismos de alerta). Também podem ser encontradas críticas relativas ao não tratamento do tema pelas regras concursais italianas (v. Luigi Farenga, “La riforma del diritto fallimentare in Italia: una nuova visione del mercato”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni* 1-2-3 (2008), p. 252).

286. Cf. Andrée Brunet, “Propos critiques sur le projet de réforme du droit français de la faillite”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 36 (2007), p. 114.

287. A previsão de mecanismos de prevenção à crise é objeto de preocupação da doutrina estrangeira. V., por exemplo: Klaus J. Hopt, “Das Unternehmen in der Krise: Probleme der Insolvenzvermeidung aus rechtsvergleichender Sicht”, cit., in Rolf Birk e Karl Kreuzer (orgs.), *Das Unternehmen in der Krise, Probleme der*



Conforme visto no Capítulo 2, acima, mais especificamente no item 2.2.1, o sistema concursal francês preocupa-se desde 1967 com a prevenção da crise. Um sistema voltado a evitar tanto as dificuldades econômico-financeiras quanto seu agravamento foi aperfeiçoado na década de 1980, mediante a Lei 84-148, de 1.3.1984, que regula a prevenção e o *règlement amiable* de dificuldades empresariais.<sup>288</sup>

No que tange à prevenção das dificuldades – preocupação do legislador baseada na crença de que a detecção de uma crise em estado inicial ou iminente permite melhores chances de salvação da empresa –, foram estruturados mecanismos destinados à divulgação de informações. Destarte, com o objetivo de localizar os primeiros sinais de uma eventual dificuldade, foram previstos *procédures d’alerte*, voltados a avisar os dirigentes sociais sobre os indícios de possíveis futuros transtornos econômico-financeiros e a permitir uma rápida atuação em sentido contrário.

A atual legislação francesa mantém o mesmo mote de luta pela prevenção da crise e manutenção da empresa.<sup>289</sup> Assim, no momento persistem os deveres de fornecimento de informações por parte das empresas bem como os procedimentos de alerta,<sup>290</sup> que buscam revelar o nível das

*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*, pp. 28-29; e Alessandro Nigro, “Los problemas fundamentales del derecho concursal desde la perspectiva de reforma del ordenamiento italiano”, in Ángel Rojo (org.), *La Reforma de la Legislación Concursal: Jornadas sobre la Reforma de la Legislación Concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 351-355.

288. Cf. Andrée Brunet, “Propos critiques sur le projet de réforme du droit français de la faillite”, cit., *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 36 (2007), pp. 110-111.

289. Sobre o tema, v.: Pascal Beder, “Prévention et détection auprès du Tribunal de Commerce”, *Revue des Procédures Collectives Civiles et Commerciales* 3 (2004), pp. 179-180, 2004; Bernard Soinne, “La réforme des procédures collectives: la confusion des objectifs et des procédures – Premier aspect: la prévention”, *Revue des Procédures Collectives Civiles et Commerciales* 1 (2004), pp. 1-4; André Jacquemont, “La future procédure de conciliation: une attractivité nouvelle pour l’entreprise en difficulté et ses créanciers”, *Revue des Procédures Collectives Civiles et Commerciales* 4 (2004), pp. 290-296; e Georges Teboul, “Le financement des entreprises en difficulté pendant la période de prévention: constat et perspectives”, *Revue de Jurisprudence Commerciale* 2 (2005), pp. 114-129.

290. Ressalte-se que o órgão denominado *commissaire aux comptes*, obrigatório nas sociedades por ações (art. L. 225-218 do *Code de Commerce*), exerce papel fundamental no procedimento de alerta. Confira-se um trecho do *Code de Com-*

dificuldades enfrentadas por determinado devedor e, quando necessário, possibilitar que um procedimento amigável ou judicial supere os obstáculos.<sup>291</sup>

Almejando dar vazão ao propósito de preservação e de respeito a interesses mais amplos que os meramente pecuniários, o ordenamento jurídico brasileiro poderia contar com semelhantes técnicas destinadas à identificação embrionária de crises.

#### 4.1.2.4.2.2 Instrumentos de controle

Vistos os instrumentos de prevenção de abusos, cumpre tratar dos mecanismos de controle, os quais se referem a medidas adotadas após a efetiva verificação do desrespeito aos variados interesses que merecem atenção. O primeiro deles diz respeito à possibilidade de, mediante recursos, instigar a correção de medidas judiciais que não promovam o efetivo respeito a todos os interesses, ao passo que o segundo traz à baila a atuação do Ministério Público na defesa de interesses transindividuais, por meio da propositura de ações civis públicas.

Com relação ao primeiro mecanismo citado, há de se investigar o tema processual dos recursos na Lei de Recuperação e Falência. Nos ter-

*merce* sobre o tema: “Art. L. 234-1. Lorsque le commissaire aux comptes d’une société anonyme relève, à l’occasion de l’exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l’exploitation, il en informe le président du conseil d’administration ou du directoire dans des conditions fixées par décret en Conseil d’État. A défaut de réponse sous quinze jours ou si celle-ci ne permet pas d’être assuré de la continuité de l’exploitation, le commissaire aux comptes invite, par un écrit dont copie est transmise au président du tribunal de commerce, le président du conseil d’administration ou le directoire à faire délibérer le conseil d’administration ou le conseil de surveillance sur les faits relevés. Le commissaire aux comptes est convoqué à cette séance. La délibération du conseil d’administration ou du conseil de surveillance est communiquée au président du tribunal de commerce et au comité d’entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel. En cas d’inobservation de ces dispositions ou si le commissaire aux comptes constate qu’en dépit des décisions prises la continuité de l’exploitation demeure compromise, une assemblée-générale est convoquée dans des conditions et délais fixés par décret en Conseil d’État. Le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qui est présenté à cette assemblée. Ce rapport est communiqué au comité d’entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel. Si, à l’issue de la réunion de l’assemblée-générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d’assurer la continuité de l’exploitation, il informe de ses démarches le président du Tribunal de Commerce et lui en communique les résultats”.

291. V. o Título I (“De la Prévention des Difficultés des Entreprises”) do Livro VI do *Code de Commerce*.

mos do art. 59, § 2º, os credores e o representante do Ministério Público têm legitimidade para impetrar agravo contra a decisão de concessão da recuperação judicial.

A legitimidade do membro do *Parquet* decorre do reconhecimento de que o processo de recuperação envolve interesse público que demanda proteção. Por esse motivo, não parece correto afirmar que o recurso só poderá versar sobre ilegalidades relativas a regras de convocação, instalação e quórum de votação da assembleia-geral.<sup>292</sup>

Impossível deixar de notar que a possibilidade de o Ministério Público<sup>293</sup> recorrer da decisão judicial deveria poder encontrar fundamento não apenas em alguma irregularidade notada quando do exercício de sua função de *custos legis*, mas também na defesa de interesses transindividuais envolvidos no caso e desrespeitados. Cuida-se, portanto, de instrumento altamente relevante para que o equilíbrio de interesses seja alcançado quando da reorganização empresarial.

Trata-se da possibilidade de em segundo grau de jurisdição obter o reconhecimento de que a lei deve ser aplicada no sentido de respeitar interesses diversos daqueles defendidos pelo devedor e pelos credores, únicos agentes que atualmente participam da negociação e da decisão acerca do futuro da empresa em crise.

Ressalte-se que a legitimidade para o recurso foi atribuída apenas a credores e Ministério Público. Cabe, todavia, questionar se a limitação promovida pelo dispositivo em questão se justifica em face das características e dos interesses em jogo.

292. A restrição quanto ao objeto do recurso é defendida por Fábio Ulhoa Coelho (*Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, cit., 3ª ed., p. 169).

293. Sobre a intervenção do Ministério Público em processos cíveis, cf. o ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco:

“(...). Todas as vezes que a lei lhe [*ao Ministério Público*] dá a função de fazer-se parte em processo instaurado *inter alios*, ela o faz em atenção a alguma razão de ordem pública e sempre com a intenção de introduzir no feito um agente estatal, que, não sendo o juiz nem lhe cabendo julgar a causa, terá condições de diligenciar provas, requerer medidas, argumentar, recorrer, sem que isso possa prejudicar o requisito da imparcialidade do julgador. (...)”

“O Direito Brasileiro legitima o Ministério Público a intervir no processo civil, em hipóteses muito mais numerosas que as que se têm em suas matrizes europeias. Isso é sinal de publicismo no processo (...)” (*A Instrumentalidade do Processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, pp. 341-342).

Conforme visto acima, a legitimidade processual é condição da ação intimamente conexa ao direito material e à relação entre o interesse da parte e o objeto da ação. Partindo-se do pressuposto de que a recuperação judicial abrange diversos núcleos de interesses, os quais se encontram, pelos termos do princípio da preservação da empresa, tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro, torna-se imperioso constatar que tais interesses necessitam do direito de participação processual para fins de proteção de um direito já reconhecido pelas normas materiais.<sup>294</sup>

Da mesma forma – e embora essa observação fuja ao objeto do presente item –, importa ressaltar que ao próprio devedor deveria ser atribuído o direito de recorrer da decisão. Não se justifica o argumento de que nenhum devedor teria interesse em questionar uma decisão de concessão da recuperação judicial por ele mesmo requisitada. Há casos em que o principal resultado do decisório – ou seja, a própria concessão – seria extremamente satisfatório ao devedor mas os termos do plano homologado podem não corresponder ao que foi efetivamente negociado, por exemplo. Nessas situações seria de todo inconsistente negar ao devedor o direito de se insurgir contra documento a que estará vinculado e que regerá boa parte de suas obrigações.

Consoante tratado acima, nos casos em que os credores decidem pela rejeição do plano de recuperação determina a lei que o magistrado decreta a falência do devedor. Contra referida decisão também é possível interpor agravo. Os mesmos comentários acerca da legitimidade, tecidos acima, são aplicáveis a essa situação de recurso, lembrando-se apenas que nesses últimos casos o direito de interposição do agravo pelo falido é amplamente garantido.

Por fim, referência deve ser feita à possibilidade de serem reconhecidos interesse e legitimidade recursais a terceiros interessados<sup>295</sup> em processos de recuperação judicial. Trata-se, inclusive, de situação já acolhida jurisprudencialmente.<sup>296</sup>

294. Pode-se, aqui, retomar a ideia já apresentada no sentido de que a busca pela instrumentalidade e efetividade do processo também deve pautar a aplicação de regras processuais relacionadas ao processo de recuperação judicial de empresas em crise.

295. Note-se que, no entendimento do STJ, “só se admite, à conta de terceiro prejudicado, aquele que puser à mostra que a decisão da qual recorre pode vir a afetar direito do qual se diz titular” (AgR no Ag 1.069.323, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 16.6.2009).

296. V. TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 556.674-4, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 9.6.2009.

O segundo mecanismo de controle de abusos aqui ventilado, ou seja, a propositura de ação civil pública para defesa de interesses transindividuais atingidos pela recuperação, envolve maiores dificuldades, e – dadas as atuais características do sistema processual brasileiro – sua aplicabilidade parece até mesmo inviável. Ainda assim, considerando-se que a Lei de Recuperação e Falência introduziu no ordenamento jurídico profunda alteração, que exige o tratamento de novas relações até então inexistentes, acredita-se ser importante que trabalhos acadêmicos como o presente suscitem tentativas de buscar instrumentos capazes de lidar satisfatoriamente com tais relações.<sup>297</sup>

Feita essa observação preliminar, cumpre cuidar da ação civil pública. Sabe-se que ela pode ser proposta pelo *Parquet*<sup>298</sup> e por outros legitimados ativos<sup>299</sup> em defesa de qualquer interesse transindividual,<sup>300</sup>

297. Interessante perceber que outra não é a opinião de magistrado que lidou amplamente com os primeiros casos de recuperação judicial na cidade de São Paulo: “A Lei 11.101/2005 introduziu no nosso sistema jurídico atual novas formas de relações jurídicas que precisam de novas aplicações dos instrumentais jurídicos processuais existentes, que se encontram não só no direito processual individual, mas também no direito processual coletivo.” (Alexandre Alves Lazzarini, “A recuperação judicial de empresas: alguns problemas na sua execução”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 36 (2007), p. 97).

298. Acerca da legitimidade ativa do Ministério Público nas ações civis públicas, v.: F. B. Franco, in Susana Henriques da Costa (coord.), *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*, São Paulo, Quartier Latin, 2006, pp. 584-591; e Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e Outros Interesses*, 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, pp. 285 e ss.

299. Cf. art. 5º da Lei 7.347, de 24.7.1985. Acerca do tema da legitimidade ativa, v. Donaldo Armelin, “Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política”, cit., in Carlos Alberto de Salles (org.), *Processo Civil e Interesse Público: o Processo como Instrumento de Defesa Social Ação Civil Pública*, pp. 113-124.

300. Nesse sentido, v. os ensinamentos de Hugo Nigro Mazzilli: “Inexiste taxatividade de objeto para a defesa judicial de interesses transindividuais. Por isso, além das hipóteses já expressamente previstas em diversas leis (defesa do meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, crianças e adolescentes, pessoas portadoras de deficiência, investidores lesados no mercado de valores mobiliários, ordem econômica, economia popular, ordem urbanística), quaisquer outros interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos podem em tese ser defendidos em juízo por meio da tutela coletiva, tanto pelo Ministério Público como pelos demais legitimados do art. 5º da LACP e art. 82 do CDC” (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e Outros Interesses*, cit., 19ª ed., p. 123).

aí compreendidos os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.<sup>301-302</sup>

Essa amplitude permite enquadrar a atuação do representante do Ministério Público no caso de ofensa aos interesses de trabalhadores, consumidores, comunidade, dentre outros, nas situações de crise empresarial. A ação civil pública seria, assim, utilizada como meio a combater o desrespeito a interesses transindividuais envolvidos pela recuperação judicial.<sup>303</sup>

A disciplina da *legitimatio* do Ministério Público em casos de ação civil pública, conforme indicado por Cândido Rangel Dinamarco,<sup>304</sup> reflete a ordem constitucional vigente, alinhada com a efetividade e a

301. A caracterização dos referidos interesses pode ser feita da seguinte maneira: (i) os interesses difusos são aqueles cujo objeto é indivisível, seus titulares são indetermináveis e ligados por circunstâncias de fato; (ii) os interesses coletivos referem-se a um objeto indivisível de um grupo determinado ou determinável de pessoas que são ligadas por uma relação jurídica básica comum; e (iii) os interesses individuais homogêneos dizem respeito a um objeto divisível de titulares determinados ou determináveis e originados de circunstâncias de fato comuns. Sobre o tema, v.: art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor/CDC; Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2006, pp. 3-4; e Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e Outros Interesses*, cit., 19ª ed., pp. 50-58.

302. Com relação à defesa de interesses individuais homogêneos cabe indicar a existência de discussão doutrinária acerca da legitimidade do Ministério Público para a propositura de ações civis públicas. Três linhas de argumentação destacam-se sobre o tema. A primeira delas, restritiva, nega a competência da referida Instituição com base no texto constitucional do art. 129, III, que apenas fez referência à defesa de interesses difusos e coletivos. A segunda corrente, bastante ampliativa, defende a competência do Ministério Público para a defesa de qualquer interesse individual homogêneo. Por fim, a terceira, intermediária, sustenta que o Ministério Público pode atuar na defesa de tais interesses sempre que houver conveniência social. Essa interpretação visa a respeitar a destinação constitucional da Instituição ao mesmo tempo em que acolhe a competência legalmente a ela atribuída. Para detalhes sobre o debate doutrinário e referências jurisprudenciais, v. Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e Outros Interesses*, cit., 19ª ed., pp. 96-99.

303. Dessa forma, a ação coletiva estaria servindo ao seu propósito de efetivar políticas públicas, afastando-se de uma tutela eminentemente individual para alcançar proporções de interesse público. Sobre o tema, v. Carlos Alberto de Salles, "Processo civil de interesse público", cit., in Carlos Alberto de Salles (org.), *Processo Civil e Interesse Público: o Processo como Instrumento de Defesa Social*, p. 56.

304. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, cit., 14ª ed., pp. 36-37.



instrumentalidade do processo, que passa a ser visto como instrumento para uma ordem constitucional e legal, a qual abrange a acessibilidade do processo a todos e a todas as causas, a agilidade e simplificação do processo bem como a efetiva participação dos interessados, sob a vigilância cautelosa do juiz.

Destaque-se, ainda, que a legitimação ativa para ações de defesa de interesses difusos, coletivos e transindividuais almeja assegurar a existência de mecanismos institucionais para a tutela desses interesses, que muitas vezes, por serem minoritários e dispersos, poderiam se encontrar indefesos.<sup>305</sup>

A ação civil pública – conforme anotado por Rogério Lauria Tucci<sup>306</sup> – tem como objeto imediato a declaração do direito e como objeto mediato a reparação em dinheiro ou a obrigação de fazer ou não fazer. No caso em análise seu uso almejaria o direito de ver respeitado, durante a ação de recuperação judicial, o interesse transindividual.

É evidente que toda a discussão aqui travada acerca dos mecanismos processuais eventualmente aptos a proteger os mais diversos interesses abarcados pela empresa em crise somente se justifica caso a Lei de Recuperação e Falência seja interpretada nos termos aqui propostos – ou seja: caso se entenda que o art. 47, ao elevar a preservação da empresa a objetivo do ordenamento jurídico, indica que tais interesses são merecedores de tutela. Apenas essa compreensão permite dizer que em caso de desrespeito aos referidos interesses há direitos que precisam ser defendidos por meio do expediente da atividade jurisdicional.

Advertir-se que aqui é feita referência à ação civil pública pois ela constitui o mais apto instrumento processual disponível no Direito Brasileiro para tutelar interesses transindividuais. Todavia, sua utilização em casos de recuperação judicial parece enfrentar obstáculos intransponíveis.

Por um lado, considerando-se que a tutela a uma ampla rede de interesses abrangidos pela crise empresarial é valor reconhecido pelo

305. Cf. Carlos Alberto de Salles, “A proteção judicial de interesses difusos e coletivos: funções e significados”, in Carlos Alberto de Salles (org.), *Processo Civil e Interesse Público: o Processo como Instrumento de Defesa Social*, São Paulo, Ed. RT, 2003, p. 137.

306. Rogério Lauria Tucci, “Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário”, in Arnaldo Wald (coord.), *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 375.



ordenamento jurídico e que a ação civil pública é o caminho processual para a defesa de interesses transindividuais, seu cabimento em casos de crise empresarial poderia parecer incontroverso.

Por outro lado, contudo, não tão incontroversa assim seria sua adequação. Instaurada a via da recuperação judicial, não caberia a propositura de nova demanda, principalmente porque, conforme defendido acima, instrumentos de participação direta no próprio processo de recuperação poderiam ser adotados na busca pelo resultado de respeito aos interesses, ainda que o atual sistema tenha se mostrado falho em prevê-los de modo explícito.

A título de argumentação, caso se admitisse a adequação da ação civil pública, em face de uma eventual interpretação conservadora da Lei de Recuperação e Falência no sentido de que não seria acolhida a discussão acerca de interesses outros que não aqueles econômicos dos credores, aquela demanda mostrar-se-ia, evidentemente, conexa<sup>307-308</sup> ao processo de recuperação, de modo que deveria ser direcionada a esse juízo preventivo. Desta feita, constata-se que, de todo modo, o resultado

307. A conexão para fins de prorrogação da competência pode ser verificada nos casos de pedido idêntico com fundamentos diferentes ou nas situações em que os pedidos são distintos mas os fundamentos – ou seja, a causa de pedir – são coincidentes (v. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, 6ª ed., vol. I, São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 594). Entre a ação de recuperação judicial de determinada empresa e a ação civil pública cujo pedido se refere ao respeito aos interesses abrangidos pela mesma recuperação judicial verificar-se-ia a conexão pelo elemento constitutivo da ação, denominado de *causa de pedir*. Há que se ressaltar que a doutrina aponta as dificuldades na determinação da coincidência da causa de pedir, as quais podem ser encontradas no caso em questão. Para driblar esse embaraço, Cândido Rangel Dinamarco sugere que o reconhecimento da conexão entre ações seja pautado pela sua utilidade, que “está presente sempre que as providências a tomar sejam aptas a proporcionar a harmonia de julgados ou a convicção única do julgador em relação a duas ou mais demandas (...). Conquanto vaga, essa orientação tem as vantagens da *flexibilização de critérios*, permitindo ao juiz alguma margem de poder para a inteligente avaliação dos casos concretos e da utilidade da medida a ser determinada” (*Instituições de Direito Processual Civil*, cit., 6ª ed., vol. II, p. 156). A flexibilização proposta pelo processualista reforça a afirmação de conexão entre a recuperação judicial e a demanda coletiva em análise, principalmente em vista da relevância da harmonia entre os julgados.

308. A doutrina já admite a conexão entre ações civis públicas e outras ações. Nesse sentido, v. Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e Outros Interesses*, cit., 19ª ed., pp. 224-227.

seria um julgamento conjunto de ambas as demandas, em homenagem aos imperativos de harmonia entre julgados e economia processual.<sup>309</sup>

Assim, torna-se facilmente perceptível a não razoabilidade de negar a tutela dos interesses diretamente no processo de recuperação, fazendo-se com que haja a instauração de uma nova demanda para, ao final, reunirem-se os feitos e promover-se um julgamento conjunto. Nada mais ofensivo ao princípio da instrumentalidade do processo, grande paradigma da evolução operada no processo civil brasileiro no final do século passado.

Diante do que foi dito, a conclusão a que se pode chegar é a de que ou se deve admitir que a Lei de Recuperação e Falência possibilita a tutela de outros interesses – e esta tutela deve ocorrer no próprio processo de recuperação – ou não se consente com a ampliação do rol de interesses, inclusive não se aceitando a discussão por qualquer meio. O que não parece fazer sentido é negar a proteção no seio da recuperação, obrigar as partes a demandarem em novo processo para, ao final, reunirem-se os feitos e consagrar-se o desrespeito ao princípio da instrumentalidade do processo, à própria lógica do razoável e também ao ditame da economia processual.

Destaque-se, por fim, que, caso a participação aqui advogada não seja aplicada durante a recuperação judicial e os interesses sejam desrespeitados, eventual ação civil pública não poderá ser, então, proposta para combater o ato jurisdicional, tal qual a decisão que homologa o plano ou que determina a falência. Como visto, para lidar com o abuso neste caso o legislador prevê recurso cabível – trata-se justamente do primeiro instrumento de controle ventilado no presente item –, e seu uso parece mais adequado sob o ponto de vista técnico-processual.<sup>310</sup>

Conclui-se, destarte, que, muito embora o uso de ações coletivas pareça ser altamente recomendável nos casos de crise empresarial, em vista da tutela dos interesses transindividuais atingidos, seu efetivo emprego ainda depende de mais profunda estruturação sob o ponto de vista do direito processual.

309. Trata-se dos motivos para a norma processual de prorrogação de competência por conexidade de demandas, conforme apontado por Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*, cit., 6ª ed., vol. I, pp. 594-595).

310. Uma vez concedida a recuperação judicial ou a convolação da recuperação em falência e não utilizado o recurso cabível, a propositura da ação civil pública poderia, inclusive, caminhar contra o imperativo da coisa julgada.