

DOUGLAS RIBEIRO NEVES

LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. José Rogério Cruz e Tucci

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2015

DOUGLAS RIBEIRO NEVES

LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Titular Dr. José Rogério Cruz e Tucci.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2015

Agradeço, primeiramente, ao povo paulista, ao qual pertenço com muito orgulho, porque ele sustenta nossa amada Academia.

Agradeço ao meu orientador, Professor Titular, Dr. José Rogério Cruz e Tucci, pela oportunidade, e, sobretudo, pelos ensinamentos.

Agradeço aos Professores do Departamento de Direito Processual, meu orientador incluso, por serem também responsáveis pelo que sou.

Agradeço a todos os autores dos textos que li e sobre os quais refleti, por tudo o que aprendi com eles.

Agradeço aos meus colegas graduandos, mestrandos e doutorandos, pela honra poder debater, sempre, com os melhores.

Agradeço aos meus colegas de escritório, pela unidade e companheirismo no campo de batalha.

Agradeço aos meus pais, por me terem posto neste nosso mundo, e aos meus avós (Maria Ribeiro Neves, *in memoriam*, e Silvio Neves) por executarem, de bom grado e com satisfação, um serviço que não era deles.

Dedico esta tese a quem esteve comigo nas bibliotecas, debateu comigo a matéria, cobrou-me, ajudou-me, passou comigo as noites em claro, e, no meio de tudo isso, continuou me amando e sendo amada: minha esposa, Heidi Rosa Florencio Neves.

*(...) è vero che ogni valutazione di merito risulta preclusa al giudice, in quanto la riforma l'ha riservata ai creditori? Non vi è, al riguardo, una qualche differenza tra convenienza e fattibilità, dato che la prima è più palesemente legata a valutazioni soggettive (meglio l'uovo oggi che la gallina domani) di quanto non sia la seconda? Davvero si può impedire al tribunale di esercitare un controllo sulla procedura, anche quando risulta *ictu oculi* che il debitore sta offrendo la luna? Davvero si deve restare inerti di fronte ad iniziative che non hanno né testa né coda, in attesa che si pronuncino i creditori, quando si sa benissimo che costoro a loro volta – a causa dell'adozione del principio del silenzio assenso – hanno ormai ben poca voce in capitolo?"*

GIUSEPPE TERRANOVA (*Le nuove forme di Concordato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, p. 90)

RESUMO

Neves, Douglas Ribeiro. 216 páginas. Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 05 de Janeiro de 2015.

A tese dedica-se ao estudo da relação jurídica de direito processual instaurada para desenvolver a recuperação judicial. Os primeiros capítulos (Capítulos I a IX) contêm a apresentação e a discussão dos princípios com base nos quais o processo de recuperação judicial deve ser interpretado. A partir da premissa de que a recuperação judicial objetiva a manutenção da empresa, e não a manutenção do devedor na condução da empresa, conclui-se que a manutenção da empresa sob condução de outro empresário é solução legal igualmente relevante. Qualifica-se a recuperação judicial como uma exceção à decisão dos consumidores, que, antes do processo, decidiram não mais consumir (em volume suficiente) os produtos resultantes do exercício da empresa pelo devedor que pede recuperação. Prossegue-se com a identificação da litigiosidade na recuperação judicial e, conseqüentemente, na sua natureza processual (e não contratual). Identifica-se a recuperação judicial como direito material à modificação de parte das obrigações do devedor empresário, exercido pela via de um processo diferenciado de conhecimento pela outorga de tutela constitutiva, e decorrente dos seguintes fatos: crise econômico-financeira, empresa viável e plano viável. Trata-se dos quatro interesses envolvidos na recuperação judicial: tutela do devedor (de modificar suas obrigações), tutela dos credores (de satisfazer seus créditos pela excussão de bens do devedor), tutela do interesse difuso de manutenção da empresa e tutela da minoria dos credores (que divergirem a respeito da modificação de seus créditos). Dá-se notícia do instituto semelhante no direito italiano (*concordato preventivo*) em razão de ter servido de inspiração para a legislação brasileira e de também conter a discussão a possibilidade de o Judiciário exercer controle sobre a viabilidade do plano (*giudizio di fattibilità*). Nos capítulos seguintes (Capítulos X a XV), discutem-se itens que constituem o processo de recuperação judicial, como os elementos da demanda, as condições da ação, o litisconsórcio, a objeção e o exercício do direito de defesa, a atividade probatória e os principais poderes processuais do Juiz, do Ministério Público, do Administrar, do Devedor, dos Credores sujeitos e

dos não sujeitos à recuperação. Os Capítulos XVI e XVII contêm o cerne do trabalho, com a defesa da tese de que cabe ao Judiciário exercer jurisdição contenciosa (e não mero juízo homologatório) acerca da existência dos fatos constitutivos do direito à modificação de parte de suas obrigações. Segue o Capítulo XVIII, no qual se faz análise dos requisitos e efeitos materiais e processuais das sete principais decisões que dão corpo ao processo de recuperação judicial. Destaque-se, neste ponto, a defesa da tese de que a decisão de impugnação de crédito não faça coisa julgada material (em relação à existência do crédito). O Capítulo XIX trata do possível concurso comum entre credores sujeitos à recuperação e credores não sujeitos à recuperação, da natureza jurídica da indicação de bens como meio de recuperação e da contradição entre não fazer controle da viabilidade do plano mas, posteriormente, impedir que os credores não sujeitos à recuperação tenham acesso ao patrimônio do devedor (sob o fundamento da manutenção da empresa).

ABSTRACT

Neves, Douglas Ribeiro. 216 pages. Doctorate. Faculty of Law, University of São Paulo, 5th January, 2015.

The thesis is dedicated to the study of the proceeding established before the Judiciary to promote “*recuperação judicial*” (Brazilian institute equivalent to the reorganization regulated by the Chapter 11 of the Title 11 - Bankruptcy from the US Code). The first chapters (Chapters I to IX) contain the presentation and discussion of the principles on which the process shall be interpreted. From the premise that the reorganization objectives the maintenance of the business, not the maintenance of the debtor in the operation of the business, it is concluded that maintaining the business under operation of another entrepreneur is legal solution equally relevant. Qualifies the “*recuperação judicial*” as an exception to the decision of consumers, who, prior to the lawsuit, decided to no longer consume (in sufficient volume) the products offered by the debtor. It continues with the identification of litigation in the process, concluding with its procedural nature (and not contractual). Identifies the “*recuperação judicial*” as the subjective right to modify the part of the debtor obligations, exercised by a specific kind of process and constituted by the following facts: economic and financial crisis, viable business and viable plan. It identifies the four interests involved in the process: protection of the debtor (to modify its obligations), protection of creditors (to satisfy their claims by foreclosure of the debtor's assets), protection of the diffuse interests of the business maintenance and protection of minority of creditors (which do not agrees with the modification of their credits). Give up news of similar institute in Italian law (*concordato preventivo*) due to (i) the fact that the Italian law has served as inspiration for the Brazilian legislation and (ii) the fact that there is a similar, in Italia, among the Judiciary limits to control or not the plan's viability (named *giudizio di fattibilità* in Italia). In the following chapters (Chapters X to XV), it is discussed items that constitute the process, as the elements of the claim, the conditions to have a judgment on the merits, the joinder, the objection to the plan and the exercise of the right of defense, evidential activity and the main procedural powers of the judge, the prosecutor, the trustee, the debtor, the creditors subject and not subject to the reorganization proceedings. Chapters XVI and XVII contain

the core of the work, with the thesis that it is up to the courts to exercise contentious jurisdiction (and not merely a judgment of ratification) about the existence of the facts and of the right to modify part of the debtor's obligations. Follow Chapter XVIII, in which it makes analysis of the requisites and the substantive and procedural effects from the seven major decisions that embody the process. Stand out at this point the defense of the thesis that the judgment about the credit-debit relationship does not produce *res judicata* (relatively to credit existence). Chapter XIX deals with (a) the possible competition between creditors subject and creditors not subjected to the process among the debtor's assets, (b) the legal nature of the indication of assets as means to implement the plan, and (c) the contradiction between not control the plan's viability but subsequently prevent creditors not subject to the process to have access to the assets of the debtor (under the argument that it would prejudice the business maintenance).

SOMMARIO

Neves, Douglas Ribeiro. 216 pagine. Dottorato. Faculdade di Diritto, Università di São Paulo, 05 Gennaio 2015.

La tesi è dedicata allo studio del rapporto giuridico di diritto processuale stabilito per sviluppare la “*recuperação judicial*” (la figura della legge brasiliana equivalente al concordato preventivo regolato della Legge Falimentare - Regio Decreto 16 marzo 1942). I primi capitoli (capitoli da I a IX) contengono la presentazione e la discussione dei principi su cui devono essere interpretati il processo. Dalla premessa che l'obiettivo è la manutenzione della affari, e non la manutenzione dell'affari sul controllo del debitore, si conclude che la manutenzione dell'affari sotto la guida di un altro imprenditore è anche soluzione giuridica pertinente. Qualifica la “*recuperação judicial*” come eccezione alla decisione dei consumatori, che, prima del processo, hanno deciso di consumare non più (in volume sufficiente) i prodotti del debitore. Si prosegue con l'identificazione dell'litigio nel processo e, di conseguenza, della sua natura procedurale (e non contrattuale). Identifica la “*recuperação judicial*” o come diritto soggettivo alla modifica degli obblighi dell'imprenditore debitore, esercitato per mezzo di un tipo specifico di processo e derivato dagli seguenti fatti: crisi economica e finanziaria, affari viabile e piano viabile. Si tratta dei quattro interessi coinvolti nel processo: la tutela del debitore (di modificare i suoi obblighi), la protezione dei creditori (per soddisfare i suoi crediti per l'accesso al patrimonio del debitore), la tutela degli interessi diffusi di manutenzione del negozio e di tutela della minoranza dei creditori (che differiscono per quanto riguarda la modifica dei loro crediti). Si dà notizia di simile istituto nel diritto italiano (il *concordato preventivo*) per aver servito come ispirazione alla legislazione brasiliana e per contenere anche la discussione su la attribuzione del tribunale di controllare la fattibilità del piano (giudizio di fattibilità). Nei capitoli successivi (capitoli X al XV), sono dibattuti gli elementi che costituiscono il processo, gli elementi della domanda, le condizioni per esistere il diritto al giudizio di merito, il litisconsorzio, la opposizione e l'esercizio del diritto di difesa, l'attività probatoria e i principali poteri processuali del giudice, dei pubblici ministeri, del commissario giudiziale, del debitore, i creditori soggetti e non soggetti al processo. Capitoli XVI e XVII contengono il nucleo del lavoro, con la tesi che

spetta ai tribunali di esercitare la giurisdizione contenziosa (e non appena il giudizio di ommologazione) sull'esistenza dei fatti da cui deriva il diritto di modificare parte degli obblighi dell debitore. Segue il capitolo XVIII, in cui si fa l'analisi dei requisiti e degli effetti sostanziali e procedurali delle sette decisioni importanti che incarnano il processo. Si enfatizza in questo punto la difesa della tesi che il giudizio sull rapporto credito-debito non faccia *res judicata* (relativamente all'esistenza del credito). Il capitolo XIX studia (i) la possibile concorrenza tra i creditori soggetti e quelli non soggetti al processo su i beni dell debitore, (ii) la natura giuridica della indicazioni di beni nel piano come mezzo di implementarlo e (iii) la contraddizione tra non controllare la fattibilità del piano, ma poi impedire i creditori non soggette al processo di avere accesso ai beni del debitore (usando come argomento la necessità di mantenere l'affari).

ÍNDICE

I. Introdução	1
II. Notícia histórica	6
III. Princípios constitucionais aplicáveis	10
IV. Recuperação judicial: exceção contra a decisão dos consumidores	13
V. Natureza contratual ou processual?	17
VI. A recuperação segundo o direito processual	20
VII. Tutela do devedor (direito à alteração de obrigações), a tutela dos credores (direito à excussão de bens para satisfazer créditos), a tutela do interesse difuso de manutenção da empresa e a tutela da minoria dos credores	23
VIII. Inexistência de concurso universal de credores e <i>pars conditio creditorum limitada</i> na recuperação judicial	28
IX. Notícia sobre direito italiano (<i>concordato preventivo</i>)	34
X. Visão geral do processo de recuperação judicial	45
XI. Elementos da demanda	49
XII. Condições da ação	54
XIII. Litisconsórcio	58

XIII.1. Litisconsórcio passivo na recuperação judicial	58
XIII.2. Litisconsórcio ativo na recuperação judicial	61
XIV. Objeção ao plano (e contestação?)	65
XV. Atividade probatória	69
XVI. Poderes, ônus, direitos e deveres das partes	72
XVI.1. Estado-juiz	72
XVI.2. Ministério público	74
XVI.3. Administrador judicial	76
XVI.4. Devedor	80
XVI.5. Credores sujeitos ao plano	82
XVI.6. Credores de créditos constituídos antes do protocolo do pedido, porém não sujeitos à recuperação	88
XVI.6.1. Créditos tributários	88
XVI.6.2. Créditos com garantia fiduciária	90
XVI.6.3. Créditos decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio	91
XVI.6.4. Créditos constituídos antes do pedido cujos credores não tenham sido citados (trabalhistas, quirografários, com garantia real ou titulados por ME/EPP)	91
XVI.7. Credores não sujeitos à recuperação de créditos constituídos depois do protocolo do pedido	95
XVII. Comitê de credores e assembleia de credores	97
XVII.1. Comitê de credores	97
XVII.2. Assembleia de credores	98
XVIII. Juízo de mérito na recuperação judicial	106

XIX. Decisões, efeitos processuais e materiais e imutabilidade desses efeitos	119
XIX.1. Deferimento do processamento da recuperação	119
XIX.2. Decisão de impugnação de crédito	122
XIX.3. Homologação do quadro-geral de credores	129
XIX.4. Extinção do processo sem julgamento do mérito	133
XIX.5. Deferimento ou indeferimento da recuperação	135
XIX.6. Decisão de convolação em falência	142
XIX. 7 Decisão de encerramento da recuperação	146
XX. Dos efeitos da recuperação sobre os bens do devedor e concurso de credores	149
XXI. Valor da causa e honorários de sucumbência	161
Conclusões	164
Referências bibliográficas e bibliografia	169
Anexos (peças de <i>concordato preventivo: decreto di ammissione, decreto di omologazione, parere motivato del commissario giudiziale e relazione del professionista</i>)	179

I. INTRODUÇÃO

Segundo relatório do SERASA, de junho de 2005 a novembro de 2014, foram requeridas 5.009 recuperações judiciais, das quais 3.818 foram deferidas¹. Se desconsiderarmos as 384 recuperações judiciais requeridas nos últimos 6 (seis) meses (dado não ter havido tempo para serem deferidas ou indeferidas), somam-se 4.625 requerimentos. Isso revela uma assombrosa taxa de êxito de 82,55% (considerando como êxito a alteração das obrigações, isto é, o deferimento da recuperação).

Diante disso, cabe indagar: todas as recuperações judiciais foram deferidas a **empresas viáveis**, como exigem o artigo 47 da Lei 11.101/2005?² Indaga-se também: todas as recuperações judiciais foram deferidas a devedores que apresentaram **plano viável**, como exige o artigo 53, II³? Continua-se perguntando: em que profundidade a viabilidade da empresa e a viabilidade do plano foram avaliados, quer pelos credores, quer pelo Estado-juiz?

Para o autor desta tese, (i) a inobservância do direito processual no processo de recuperação (o exercício da jurisdição segundo o devido processo legal) e (ii) o uso polivalente (e quase absoluto) do princípio de preservação da empresa (artigo 47) para tutelar o devedor em nome de defender o interesse coletivo (e difuso) de manutenção das atividades empresariais (embora sejam interesses distintos), têm contribuído sobremaneira para que a tutela constitutiva de alteração das obrigações do devedor e a tutela executiva de satisfação dos créditos dos credores não sejam **corretamente** deferidas ou indeferidas.

¹ http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm

² NEWTON DE LUCCA alertou que, participando de evento internacional sobre o tema, em Roma, Itália, no ano de 1995, tomou ciência de que, nos Estados Unidos da América, apenas 5% dos planos de reorganização da empresa davam certo, evitando sua liquidação (*Separata da Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, p. 40-48).

³ Para evitar repetições desnecessárias, os artigos sem indicação de lei referem-se à Lei 11.101/2005. Os demais dispositivos serão acompanhados da indicação do diploma a que pertencerem.

De fato, tem-se verificado na jurisprudência e na doutrina uma tendência de resguardar o devedor a todo e qualquer custo, protegendo-o por completo da falência, utilizando, para tanto, o princípio de preservação da empresa. Entretanto, a proteção excessiva do devedor pode (i) colocar em risco a atividade empresarial dos credores⁴ e (ii) inviabilizar a preservação da atividade empresarial colocada no centro da discussão, a qual, pela falência, **poderia ser preservada por outro empresário** (artigos 75 e 140).^{5 6 7}

⁴ FÁBIO ULHOA COELHO pontua: “Nem toda a falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. **Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem.** Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, **opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores**” (Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, 6ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009, p. 115-116 – grifou-se).

⁵ Ainda não está impregnada na doutrina brasileira – embora devesse estar – a ideia de que o processo de recuperação visa a manutenção das atividades empresariais, **e não a manutenção das atividades empresariais sob condução do devedor**. A recuperação judicial é o meio de preservar a atividade empresarial nas mãos do devedor, mas ela pode muito bem ser mantida nas mãos de outro empresário, mesmo que sem o *know-how* do devedor que a organizou e/ou simplesmente a tituló antes da crise.

⁶ Sobre essa questão, PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO advertiu: “Cumpra notar que o Banco Mundial, ao tratar dos princípios a serem observados pelos sistemas jurídicos em matéria de insolvência, anota que, não sendo viável a empresa, o objetivo deve ser o de propiciar a rápida e eficiente liquidação, para maximizar a recuperação dos créditos. E acrescenta que ‘liquidations can include the preservation and sale of the business, as distinct from the legal entity’. A recomendação mencionada acima foi seguida pela lei brasileira. Esta não apenas procura acelerar a venda dos bens da falida, de modo a que os credores possam ser melhor aquinhoados, mas também, como foi visto, inclui no artigo 75, menção expressa à preservação dos ens. Serão estes vendidos a terceiros, uma vez que o devedor foi afastado de suas atividades, conforme enuncia este mesmo dispositivo. **A alienação por referir-se preferencialmente ao conjunto dos bens, equivalerá à transferência do próprio negócio, como algo distinto da sociedade empresária que o explorou**”. (A preservação da empresa, mesmo na falência, in *Direito Recuperacional, Aspectos Teóricos e Práticos*, São Paulo, Quartier Latin, coord. Newton de Lucca, 2009, 517-534, p. 520).

⁷ Veja-se também RAQUEL SZTAJN: “Preferir a venda da empresa, isto é, de todos os estabelecimentos, entenda-se, representa dar prioridade à sua preservação como unidade de produção, ou seja, como se houvesse algum tipo de sinergia operacional entre tais unidades, afastando-se inicialmente a venda de estabelecimentos ou ativos isolados. Quem adquire o todo, como se explicou antes, considera que é mais valioso, ou mais vantajoso, haver para si uma organização, unidade composta de partes que se entrelaçam, se encadeiam, enfim, mantêm entre si vínculos que aumentam a eficiência operacional ou que, ao menos, podem ser encaradas como forma de distribuir melhor os riscos da atividade empresarial, ou, ainda, como tentativa de reduzi-los mediante dispersão ou balanceamento daqueles riscos próprios de quem opera em mercados. Por isso é usual, esperado, que, na venda ‘da empresa’ em operação, o alienante receba preço mais elevado, porque se trata de um going concern, do que quando os bens são oferecidos isoladamente”. (in *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 5ª ed., coord. Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, Saraiva, São Paulo, 2012, p. 487).

“A preservação da empresa, mesmo na falência”, título do artigo do professor PAULO F. C. SALLES DE TOLEDO, é uma premissa fundamental que deve influenciar a interpretação do direito material e processual incidente sobre a matéria, inclusive, no âmbito do direito processual, o exercício de jurisdição na apreciação do pedido formulado pelo devedor.

Nesse sentido, é preciso dissociar a figura do devedor da figura da atividade empresarial. Afinal, o instituto serve para **recuperação de empresa**, e não para a **recuperação do devedor**.⁸ Veja-se que se trata de algo “além” de simplesmente considerar distintas as figuras do devedor, da empresa e dos bens, mas de considerar também distintos os destinos do devedor e da empresa e bens. Essa dissociação não se justifica numa suposta necessidade de “punir” o devedor. Ao contrário, justifica-se pelo interesse na manutenção da empresa, de tal modo que, se se verificarem ausentes determinadas condições, ela tenha de ser reorganizada e mantida por outro empresário.⁹ Que condições são essas? A

⁸ NELSON ABRÃO guardou um Capítulo chamado “A dissociação entre a sorte da empresa e a sorte do empresário” em sua obra *Curso de Direito Falimentar* (4ª ed., RT, São Paulo, 1993, p. 34-38), no qual registra a importância dessa premissa, anteriormente alcançada pelos direitos inglês, francês e italiano. Pela importância dos excertos a esta tese, transcrevemo-los: “No direito inglês, desde o *Bankruptcy Act*, de 1914, cria-se uma nítida separação entre o devedor arruinado e a empresa; nessa dissociação baseia-se o instituto da *discharge*, que é a exoneração do devedor quanto a suas obrigações, mediante a entrega de seus bens, qualquer que seja o seu valor e o quantum percebido pelos credores na liquidação. A *discharge* serviu para, via da implantação da regra da separação entre a sorte da empresa e a de seus dirigentes, abrir caminho ao procedimento de preservação por meio da organização”; “Na França, antes da lei concursal de 13.7.67, como acontece no Brasil até hoje, não se separava nitidamente o fadário a empresa daquele do empresário. A principal inovação dessa lei consistiu em separar a sorte da empresa em relação à do empresário. Boa ou má a conduta deste, não influi na manutenção ou liquidação daquela”; “Na Itália, Ragusa Maggiore, partindo do princípio de que o primitivo entendimento de bens como valores-coisa fora substituído pelo de bens como valores-instrumentos, sustentou que se justifica a substituição do empresário e que a salvação da empresa deverá ser favorecida quando o requeiram os interesses gerais ou particulares (dos trabalhadores; dos consumidores). A separação entre a sorte da empresa e a do empresário foi consagrada na Itália pela Lei 95, de 3.4.79, com as modificações de 13.8.80 e 31.3.82, que dispôs acerca da administração extraordinária das grandes empresas em crise (...)”. E conclui o professor: “Os princípios predominantes no Direito Comparado, supra expostos mostram que a separação entre a sorte da empresa e a do empresário é a diretriz mestra dos modernos ordenamentos em matéria concursal. Neste particular, lamentavelmente, o Direito posto brasileiro continua defasado em algumas décadas. Não obstante as forças da inércia, constitui um imperativo científico a luta em prol de sua atualização”. A atualização do direito brasileiro já veio, embora a ideia da separação da sorte do empresário e da do devedor ainda não seja cultuada como valor central.

⁹⁹ NELSON ABRÃO registrou a questão, mas, provavelmente porque premido pela legislação anterior, propôs apenas a continuação da atividade empresarial, no contexto de falência, já que recuperação judicial não havia na legislação brasileira, nas mãos do próprio devedor. Veja-se a colocação do problema (*A continuação do negócio na falência*, Leud, São Paulo, 1975, p. 122-123): “A questão mais importante que se põe em matéria de continuação do negócio da falência é se, por força do imperativo afastamento do falido da posse e da administração dos bens, a atividade deve ser deferida a ele, ou se deva individualizar um novo empresário” (p. 114), e a

de que exista crise financeiro-econômica, de que a empresa seja viável (tal como proposta sua reorganização) e de que o plano seja viável (tal como propostas as novas obrigações do devedor substitutivas das anteriores).

Que contribuição para o equilíbrio entre a tutela do devedor (pela alteração de suas obrigações), a tutela dos credores (pela satisfação, total ou parcial, de seu crédito) e, sobretudo, a tutela de interesse difuso (pela recuperação e manutenção da empresa) pode dar o Direito Processual?¹⁰

É a pergunta a partir da qual esta tese foi desenvolvida.¹¹

Propôs-se, então, estudar a relação jurídica processual por meio da qual se desenvolve a recuperação judicial, identificando (i) os princípios norteadores do instituto, (ii) os diferentes interesses que devem ser tutelados no processo, (iii) o desenvolvimento da relação material dentro do processo (fatos constitutivos, impeditivos e extintivos, elementos da demanda, condições da ação, mérito), (iv) as principais posições jurídicas dos agentes do processo, (v) o conteúdo das decisões do processo, seus requisitos, seus efeitos e a imunização de seus efeitos (coisa julgada material e formal), em especial ao exercício da jurisdição estatal sobre os fatos constitutivos do direito objeto do processo de

conclusão: *“Portanto, não constituindo a massa patrimônio autônomo, nem se podendo dotá-la de personalidade jurídica, e não adquirindo seu administrador, na continuação do negócio, a qualidade de empresário, impossível a configuração de um novo sujeito da atividade. (...) remanesce empresário o próprio falido”*. Tais considerações foram feitas à falência da lei anterior. Na vigência da Lei 11.101/2005, se a alienação total da atividade empresarial não for possível (complexo de relações ativas e passivas, inclusive os bens por meio dos quais ela se desenvolve), a alienação deve ser feita em blocos de bens (unidade produtivas), ou, finalmente, apenas em bens partilhados, isto é, do melhor modo (pelo critério da eficiência) como o mercado (e não os credores) entendam adequado alocar os recursos postos à venda.

¹⁰ A moderna concepção do processo, ciente da sua independência científica, mas capaz de oferecer tutela de acordo com o direito material discutido (polimorfo) e comprometido com os resultados (eficaz), é capaz de contribuir com o instituto, fazendo desaparecer a má influência ou impressão do passado: *“Outro princípio basilar em que se assentou nossa Lei de Falências foi o de disciplinar meios tendentes a acertar a situação obrigacional entre devedor-credor, o que, até certo ponto, se constitui em objetivo normal dos procedimentos concursais. Mas exacerbou-se num processualismo tal que as tricas formais acabaram ofuscando a realidade econômica, de modo que o próprio fim precípua a que a lei se propõe – realização do direito dos credores – acaba frustrado* (NELSON ABRÃO, *O Novo Direito Falimentar, Nova Disciplina Jurídica da Crise Econômica da Empresa*, RT, São Paulo, 1985, p. 164-165).

¹¹ Na literatura brasileira, a maioria dos textos sobre recuperação de empresas foi escrita por estudiosos do Direito Comercial. Não há nada de estranho nisso. O que se estranha é a existência de poucos textos dos estudiosos do Direito Processual. Embora o direito material à

recuperação judicial, e (vi) os efeitos da recuperação para o patrimônio do devedor e a concorrência entre os credores sujeitos e não sujeitos à recuperação quanto aos bens do devedor.

recuperação seja outorgado ao devedor empresário (e daí a matéria ser tratada pelos juristas comercialistas), não se pode ignorar que o direito se concretiza pela via do processo.

II. NOTÍCIA HISTÓRICA

Já é lugar comum lembrar que, no direito romano clássico, sob o regime da *Lei das Doze Tábuas* (450 a. C.), os credores tinham direito, exercido pela *actio per manus iniectio*, a dividir o corpo do devedor (ou vendê-lo como escravo ou mantê-lo preso) para satisfazer seus créditos.¹² Posteriormente, a *lex poetelia papiria*, no ano de 326 a. C. proibiu a prisão, a morte ou venda do devedor, determinando que a execução recaísse sobre seu patrimônio.¹³ Eis o primórdio da responsabilidade patrimonial hoje consagrada no artigo 591 do CPC.

Não se pode deixar de citar a relação feita entre a concordata moderna e o *pactum ut minus solvatur* defendida por EDUARDO C. SILVEIRA MARCHI, para quem, embora o instituto tenha servido para salvar da infâmia o falecido que deixava herança e dívidas, beneficiando seu sucessor, foi usada como ponto de partida, na Idade Média, pelos glosadores e pelos comentadores, para construir a concordata.¹⁴

Cite-se também a *Lex Iulia* de 17 a. C., que previu a *cessio bonorum*, pela qual o devedor poderia colocar todos seus bens à disposição dos credores, cedendo-lhes a propriedade e a posse. No direito *justinianeu*, surgem as *moratorias*,¹⁵ que são a simples espera pelo pagamento, além do prazo de vencimento, concedida ao devedor de boa-fé sob determinadas circunstâncias.

¹² Na Tábua III, constava: “6. Se não paga e ninguém se apresenta como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso até o máximo de 15 libras, ou menos, se assim o quiser o credor. 7. O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério. 8. Se não há conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em 3 dias, de feira ao comitium, onde só proclamará em altas vozes, o valor da dívida. 9. Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre”.

¹³ JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI e LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, *Lições de História do Processo Civil Romano*, RT, São Paulo, 1996, p. 69-70.

¹⁴ **Da Concordata no Concurso de Credores - o Precedente Romano do “Pactum ut Minus Solvatur”, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 184-186.**

¹⁵ “Finalmente, JUSTINIANO deu aos credores a liberdade de, pelo voto da maioria, conceder a moratória por prazo não superior a cinco anos (L. 8, Cod. 7.71). Do direito romano passou a moratória para as leis de alguns estados italianos, que floresceram na idade média e onde teve berço o direito comercial, aplicada com o fim de subtrair o devedor às penas severas e infamantes da falência. (JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*. 2ª ed., v. VIII, Livro V, Freita Bastos, Rio de Janeiro, 1934, p. 489).

Esses institutos teriam sido usados até o início da Idade Moderna¹⁶, juntamente com a *quebra*, que teria surgido na Itália e se espalhado pela Europa.¹⁷

No Brasil, já no século XVI, a quebra teria sido regulada, primeiramente, por Lei de 8 de março de 1595, promulgada por Felipe II, e o processo de falência teria sido regulado por Alvará de 13 de dezembro de 1795 baixado pelo Marquês de Pombal. Esses normativos teriam vigorado até o Código Comercial, Lei 556 de 25.06.1850¹⁸, promulgado pelo Imperador Dom Pedro II, sob a égide da Constituição de 1824.¹⁹

As normas processuais foram previstas no Decreto 738, de 25.11.1850. Posteriormente, a matéria foi regulada pelo Decreto 917, de 24.11.1890 (que revogou todos os dispositivos anteriores), e, na sequência, pela Lei 859, de 16.08.1892 (que substituiu o decreto anterior). Essa lei foi, então, substituída pela Lei 2.204, de 17.12.1908²⁰. Essa lei foi substituída pelo Decreto

¹⁶ “*La cesión de bienes por parte del deudor insolvente se conserva em Las Partidas (que la denominan ‘desamparo de bienes’), y también se conservan las moratorias. Una y otras continúan utilizándose durante la Edad Moderna. Precisamente el Labyrinthis creditorum del regalista Slagado de Somoza (1640 – que es la primera obra científica de Derecho concursal que se publica em Europa – se ocupa de um complejo procedimiento de cesión de bienes*”. (ANGÉL ROJO e EMILIO BELTRÁN, *Regulación de la Insolvencia: La Legislación Concursal*, in *Lecciones de Derecho Mercantil, El Derecho Concursal*, 9ª ed., THOMSON REUTERS, Navarra, 2012, p. 15)

¹⁷ “*La quebra (llamada, em ocasiones, decoctio y falimento, del verbo latino fallere, que significa ‘engañar’, ‘ocultarse’) es um procedimiento privado (es decir, com nula o muy escassa intervención de los jueces, que son, además, jueces mercantiles) em elque los propios acreedores proceden a la ocupación de los biens del deudor, sesignan a unos representantes para que los administren y enajenen – los síndicos -, y com el producto obtenido se satisfacen com arreglo al principio de la par condicio*”. (ANGÉL ROJO e EMILIO BELTRÁN, *ob. cit.*, p. 16).

¹⁸ Vale a pena transcrever os artigos 850 e 851 do Código Comercial, que regulavam a concordata e previam a possibilidade de apresentação embargos à concordata pelos credores dissidentes: “*Art. 850 - A concordata deve ser negada ou outorgada, e assinada na mesma reunião em que for proposta. Se não houver dissidentes, o Juiz comissário a homologará imediatamente: mas havendo-os assinará a todos os dissidentes coletivamente oito dias para dentro deles apresentarem os seus embargos; dos quais mandará dar vista ao Curador fiscal e ao falido, que serão obrigados a contestá-los dentro de cinco dias. Os embargos com a contestação serão pelo Juiz comissário remetidos ao Tribunal do Comércio competente, no prefixo termo de três dias depois de apresentada a contestação. Art. 851 - Apresentados e vistos os embargos, proferirá o Tribunal a sua sentença, rejeitando-os, ou recebendo-os e julgando-os logo provados. Todavía, se ao Tribunal parecer que a matéria dos embargos é relevante mas que não está suficientemente provada, poderá assinar dez dias para a prova; e findo este prazo, sem mais audiência que a do Fiscal, os julgará a final*”.

¹⁹ MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO (*ob. cit.*, p. 53).

²⁰ Destacam-se os artigos 107 e 108 da Lei 2.024, de 17.12.1908: “*Art. 107. Não havendo credores dissidentes, a concordata será logo, na assembléa, homologada pelo juiz. § 1º Si houver credores dissidentes, o juiz marcará o prazo de tres dias para virem com os embargos. § 2º E’ lícito também a qualquer dos socios oppôr embargos á concordata, observando-se o processo do art. 109. Art. 108. Os embargos que os credores dissidentes, presentes á assembléa, podem oppôr, deverão ter por fundamento: 1. Inobservancia das formalidades e dos requisitos estabelecidos por lei para a formação da concordata, a inclusão indevida de credores, cujos votos*

5.746, de 09.12.1929.²¹ Somente depois, adveio o Decreto-lei 7.661, de 21.06.1945²² (outorgado por Getúlio Vargas, em regime de exceção, com fundamento no artigo 180 da CF1937).²³

Finalmente, sobreveio a Lei 11.101/2005, promulgada sob Estado Democrático de Direito (CF1988), num contexto de tutela de direitos individuais e coletivos.²⁴

Falência e a concordata surgiram em razão das obrigações, foram designadas, depois, aos comerciantes e desenvolveram-se à medida que se solidificou o capitalismo e a propriedade privada. Nesse contexto, o desenvolvimento dos conceitos (separados) de empresário, empresa e

influiram na aceitação da proposta ou violação das regras prescriptas para a convocação e reunião dos credores. 2. Maior sacrificio aos credores que a liquidação na fallencia, attendendo á proporção entre o valor do activo e a porcentagem offerecida. 3. Conluio entre o devedor e um ou mais credores, ou entre estes, para acceitarem a concordata. Presume-se o conluio entre o devedor e o credor que desistir de suas garantias para votar na concordata, quando nenhum interesse de ordem economica lhe aconselhava esse procedimento e o seu voto influiu na formação da concordata. 4. Qualquer acto de fraude ou de má fé praticado pelo devedor e que influa na concordata. 5. Inexactidões do relatorio e das informações dos syndicos ou liquidatarios, com intento de facilitar a aceitação da proposta de concordata apresentada pelo devedor”.

²¹ ECIO PERIN JÚNIOR (Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 42).

²² Da qual se destacam, também a título ilustrativo, os artigos 154, 155 e 156: “Art. 154. Na assembléa dos credores, sob a presidencia do juiz, feita a chamada pela lista dos credores, depois de lidos o requerimento do devedor e o relatorio dos commissarios, será aberta franca discussão sobre esses documentos. (...) § 3º Havendo unanimidade, o juiz, no mesmo acto, homologará a concordata para que produza desde logo todos os seus efeitos. (...) § 4º Negada a concordata, o juiz mandará vir os autos conclusos e dentro de 24 horas abrirá a fallencia do devedor. A fallencia seguirá nos autos da concordata. § 5º Do occorrido, o escrivão lavrará acta circunstanciada com indicação dos documentos apresentados na assembléa e annexos á mesma acta. § 6º O representante do ministerio publico será notificado para assistir á assembléa dos credores e nella poderá requerer o que entender a bem dos interesses da justiça. Art. 155. A proposta da concordata preventiva, para ser válida e produzir efeitos juridicos, deve ser acceita nos mesmos termos do art. 106, applicando-se-lhe tambem as disposições dos §§ 1º, 2º, 3º, 4º 7º do mesmo artigo, sendo que não poderão votar os cessionarios de creditos, cuja cessão tenha menos de um anno. Art. 156. Os embargos á concordata preventiva serão os mesmos que se poderão oppor na concordata durante a fallencia, applicando-se-lhes a disposição do art. 108. O seu processo será o estabelecido no art. 109 e seus paragraphos. O credor excluido demonstrará nos embargos, como preliminar, o seu direito creditorio, quando este possa influir no resultado da votação da concordata”.

²³ AMADOR PAES DE ALMEIDA, Curso de Falência e Recuperação de Empresa, 25ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009, p. 8.

²⁴ “Dá-se, nas sociedades contemporâneas, pós-industriais, a tendências inversa, por meio da qual se busca legitimar determinadas situações jurídicas, como as denomina PAUL ROUBIER (Droits subjectifs et situations juridiques), supra-individuais, como interesses sociais de grupos, tutelados como simples interesses, ou como direitos ‘não-subjetivados’, a que a lei reconhece status jurídico similar ao dos direitos individuais. A proteção aos chamados ‘interesses difusos’ é um exemplo marcante desta tendência, que se poderia indicar como ‘socialização’ do direito subjetivo. Daí a referência, no dispositivo constitucional, a ‘direitos coletivos’, ao lado de ‘direitos

estabelecimento e, depois, do conceito de função social da empresa, foi fundamental para introduzir, no conflito privado entre credores e devedor, um terceiro elemento, de caráter publicista: o interesse difuso na manutenção da empresa (compreendida como fonte geradora de riqueza). O desdobramento mais relevante dessa fase teve início em 1965, na França, como explica NELSON ABRÃO, com os postulados de que (i) empresas viáveis devem ser mantidas e (ii) a sorte da empresa deve ser separada da sorte do devedor, deixando tanto a manutenção da empresa sob condução do devedor como o pagamento dos credores em segundo plano.²⁵

individuais’. (OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso de Processo Civil, Volume 1 - Processo de Conhecimento*, 7ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 456).

²⁵ “Vê-se que a preocupação fundamental da lei reside em preservar a empresa, garantindo-se a continuação da atividade e, conseqüentemente, os postos de trabalho. O pagamento dos credores, que se constituía na principal na preocupação fundamental dos procedimentos concursais em suas duas primeiras fases históricas, é relegado a um terceiro plano; não que ele seja sem importância, mas no sentido de que advirá naturalmente como consequência da prossecução da atividade e da manutenção dos empregos. Apenas nos casos em que a continuação da empresa, sob a mesma titularidade, ou por meio de cessão, se torna inviável, é que se procede à sua liquidação”. (ob. cit., p. 25).

III. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS

A livre iniciativa é um dos fundamentos da República (artigo 1º, IV, CF). Trata-se de cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, CF), que, portanto, não pode ser alterada sequer por Emenda Constitucional. Significa a opção clara da nação por um **regime de liberdade**, em que as pessoas estão autorizadas a empreender a atividade produtiva que desejarem. Consequentemente, é vedado ao Estado monopolizar todas as atividades produtivas.

Além disso, a ordem econômica brasileira, **fundada na livre iniciativa**, tem como princípios, dentre outros: (i) a livre concorrência, (ii) a defesa do consumidor e (iii) a propriedade privada (artigo 170, CF). O direito à livre concorrência permite que qualquer pessoa inicie atividade produtiva já empreendida por terceiros, os quais, consequentemente, não têm direito à reserva de mercado. Por corolário, o Estado não pode proteger determinados “escolhidos”, impedindo que outros, no exercício da livre iniciativa, conquistem seus consumidores. A defesa do consumidor é obrigação do Estado que se cumpre em 2 (dois) aspectos: (i) na relação entre fornecedor e consumidor e (ii) no fomento ao mercado, de modo que a concorrência proporcione mais, melhores e mais baratos bens. O reconhecimento, a proteção e o respeito à propriedade privada é obrigação do Estado, sem o que não seria possível observar a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor. Por exclusão, ao Estado fica vedado concentrar em si a titularidade de todos os bens, inclusive (e sobretudo) da totalidade dos bens de produção.

Esses princípios (normas de carga valorativa que se irradiam para todo o ordenamento jurídico, obrigando o intérprete a tomá-las em consideração na aplicação das regras) são complementares de outros 2 (dois) maiores: a dignidade da pessoa humana e a liberdade. No nosso ordenamento jurídico, não se releva ao indivíduo posição secundária, como simples subalterno do poder estatal. O indivíduo é o protagonista do tecido social e, como tal, deve ser servido e protegido pelo Estado. O indivíduo é merecedor de exercer livre arbítrio, conduzir sua vida, ser dono de seu destino, ter a atividade produtiva que

desejar. Exercer, em suma, o direito à liberdade. Tudo isso pode parecer singelo e óbvio. E o é para quem vive em Estado Democrático de Direito. Em regimes nos quais o indivíduo é deixado em segundo plano, o Estado concentra em si o poder para planificar a economia, decidir o que os indivíduos devem fazer, onde devem viver, o que devem consumir, como aqueles ainda hoje observados, em maior ou menor medida, na Coréia do Norte, Cuba, China e Rússia, etc., a ausência de tais direitos não é, certamente, singela e impacta diretamente a qualidade de vida das pessoas que vivem sob os regimes de tais países.

A Lei 11.101/2005 não pode, portanto, ser interpretada sem tomar em consideração os princípios constitucionais acima invocados, quer quanto às normas materiais²⁶, quer quanto às normas processuais²⁷ (que interessam neste trabalho). Mesmo as normas processuais da Constituição Federal ou do Código de Processo Civil, não podem ser interpretadas, quando aplicadas ao processo de recuperação judicial, sem tomar em consideração os princípios sobreditos. Trata-se de respeitar não apenas a regra de hierarquia das normas, mas também a já velha lição de que o processo, sem prejuízo de sua autonomia, deve desenvolver-se de acordo com as especificidades do direito material que lhe subjaz, porque é instrumento de observância coercitiva deste último.²⁸

²⁶ Defendendo a existência de um dever do Estado de “*envidar esforços no sentido de recuperá-la [a empresa]*”, veja-se JORGE LOBO, *Soluções para a crise das empresas e a constituição econômica do Brasil*, in *Doutrinas Essenciais, Direito Empresarial*, v. VI, org. Arnold Wald, RT, São Paulo, 2011, p. 101-113. Segundo o que se defende nesta tese, o Estado desincumbe-se desse dever ao (i) prever, na legislação, o direito de modificação das obrigações (quer pela recuperação judicial, quer pela recuperação extrajudicial) e (ii) o exercício de jurisdição a respeito os requisitos fáticos e jurídicos necessários para o reconhecimento (certificação) de tal direito.

²⁷ A lição é óbvia, mas de clareza fundamental: “*De qualquer forma, reitera-se a observação feita anteriormente, no sentido de que esta Lei, da mesma forma que a lie anterior, tem natureza mista, trazendo tanto normas de direito material quanto normas de direito processual. O artigo estabelece que, não existindo normas processuais na Lei 11.101/2005 que regulem um determinado caso, o aplicador do Direito (incluindo seus destinatários) deverão em caráter subsidiário, recorrer às normas previstas no Código de Processo Civil, com intuito de encontrar ali o regramento adequado para a hipótese. Dessa forma, em primeiro lugar, o aplicador vai se valer das normas processuais específicas previstas na Lei de Recuperação, apenas dirigindo-se ao CPC caso não encontre disposição pertinente*”. (MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, *Lei de Recuperação de Empresas e Falência, Lei 11.101/2005 Comentada artigo por artigo*, 10ª ed., RT, São Paulo, 2014, p. 384-385).

²⁸ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE: “*A razão de ser do direito processual está no direito material, pois seu objetivo é assegurar, mediante a tutela jurisdicional, a integralidade do ordenamento e dos interesses juridicamente protegidos*” (*Direito e Processo, Influência do Direito Material sobre o Processo*, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, p. 163).

A integração das duas vertentes de estudo certamente contribuirá com o equilíbrio entre a tutela jurisdicional do devedor à alteração de suas obrigações e a tutela dos credores (sujeitos e não sujeitos à recuperação) à satisfação de seus créditos. Não se pode esquecer, ademais, que o Direito é uno (dividido em ramos apenas para fins didáticos) de modo que **não pode haver processo de recuperação judicial que não respeite as leis processuais.**

IV. RECUPERAÇÃO JUDICIAL: EXCEÇÃO CONTRA A DECISÃO DOS CONSUMIDORES

Numa economia de mercado, como dever ser, segundo a Constituição Federal, a economia brasileira, qualquer um é livre para empreender. Todavia, quem decide pela manutenção do fornecedor no mercado não é o empresário, mas, sim, o consumidor.

O consumidor, por ser destinatário dos bens e, portanto, titular o poder escolher o que consumir e em que quantidade consumir, é soberano. Decidindo o que comprar, o consumidor decide quais empresas devem receber mais ou menos recursos, de acordo com a capacidade que elas tiverem de produzir bens que satisfaçam, melhor ou pior, suas necessidades. A soma do exercício de poder decisório de um conjunto de consumidores determina, portanto, quem deve ou não continuar no mercado. Nesse sentido, as palavras de LUDWIG VON MISES²⁹ são precisas.

Daí que o caminho natural da empresa cujos produtos não forem escolhidos por uma parcela de consumidores suficiente para lhe dar sustentação a falência do devedor e o encerramento das atividades produtivas (empresa). **A recuperação judicial é uma exceção a essa ordem natural do mercado e como tal deve ser tratada.** Considerando o interesse difuso na manutenção da organização da atividade produtiva (empresa), que produz, antes de tudo, bens aos consumidores, e, além disso, renda aos trabalhadores, à sociedade (tributos), a fornecedores de insumos e aos próprio titular da empresa,

²⁹ “No mercado de uma sociedade capitalista, o homem comum é o consumidor soberano, aquele que, ao comprar ou ao se abster de comprar, **determina em última análise o que deve ser produzido e em que quantidade**. As lojas e fábricas que suprem exclusiva ou predominantemente os pedidos dos cidadãos mais abastados em relação a artigos de luxo exercem apenas um papel secundário no cenário econômico do mercado. Elas nunca atingem a dimensão da grande empresa. As grandes empresas servem sempre — direta ou indiretamente — às massas. É esta ascensão das multidões que caracteriza a radical mudança social efetuada pela “Revolução Industrial”. **Os desfavorecidos que em todas as épocas precedentes da história formavam os bandos de escravos e servos, de indigentes e pedintes, transformaram-se no público comprador por cuja preferência os homens de negócios lutam. Tornaram-se os clientes que estão “sempre com a razão”, os patrões que têm o poder de tornar ricos os fornecedores pobres, e pobres os fornecedores ricos**”. (MISES, Ludwig von, *A Mentalidade Anticapitalista*, 2ª ed., Instituto Ludwig von Mises Brasil, São Paulo, 2010, p. 13 - grifou-se).

previu-se a **possibilidade de se manter a empresa sob a condução do devedor** por meio da alteração de suas obrigações.

A alteração das obrigações impacta o direito de propriedade dos credores. A propriedade privada e a eficácia coercitiva dos contratos sede espaço para o interesse difuso na manutenção da empresa. Em compensação, a lei outorgou aos credores o poder decisório sobre a falência do devedor. Sublinhe-se que o poder decisório dos credores está limitado à falência do devedor, e não à continuação das atividades empresariais sob a condução do devedor, ou o encerramento das atividades empresariais. Deve ter-se clara na mente a diferença substancial entre (i) receber o produto da venda da totalidade da empresa (conjunto de atividades exercidas por meio de uma universalidade de bens, corpóreos e incorpóreos) e (ii) acreditar que a manutenção da atividade empresarial sob a condução do devedor seja capaz de gerar os recursos necessários para recebimento de valor superior ao que seria recebido na primeira hipótese.

Nessa ordem de considerações, cumpre indagar se todo e qualquer devedor é merecedor do favor legal, isto é, do direito a alteração de suas obrigações. A resposta, evidentemente, é negativa. A lei condiciona o direito à recuperação judicial (leia-se: alteração das obrigações) à existência de empresa viável, de crise econômico-financeira e de um plano de recuperação viável. De fato, a alteração das obrigações pode propiciar que os credores do devedor empresário sejam pagos e que, cumulativamente, a empresa continue produzindo mesmo sob condução do mesmo devedor.

No processo legislativo que redundou na criação da Lei 11.101/2005 esse propósito veio declarado³⁰. RACHEL SZTAJN esclarece, em trecho muito repercutido de sua doutrina, que o assistencialismo (vale dizer, o favor legal a qualquer empresa, independentemente de ela ser viável ou não) não

³⁰ O Senador RAMEZ TEBET no Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC nº 71 de 2003, que deu origem à Lei nº 11.101/2005, afirmou: "*caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização*

é útil na atividade empresarial e, portanto, não deve ser usado na recuperação judicial.³¹ Também essa é a lição de FÁBIO ULHOA COELHO³².

Embora essa linha de raciocínio não seja a tônica comum nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça – STJ (órgão com competência constitucional para uniformizar a interpretação sobre as normas de legislação federal), há um precedente que segue a linha de entendimento antes citada.^{33 34}

Permitir, portanto, que o devedor empresário que não esteja em crise econômico-financeiro altere suas obrigações é validar a fraude, o simulacro, o enriquecimento sem causa. Permitir que o devedor empresário que

dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedades com dificuldades insanáveis na condução do negócio".

³¹ "A função social da empresa só será preenchida se for lucrativa, para o que deve ser eficiente. Eficiência, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função dependendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no plano econômico, produzir rendimento, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados. Se deixar de observar a regra de eficiência, meta-jurídica, dificilmente, atuando em mercados competitivos, alguma empresa sobreviverá. **Esquemas assistencialistas não são eficientes na condução da atividade empresarial, razão pela qual não podem influir, diante da crise, na sua recuperação**". (Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, obra coletiva, coordenadores: Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, Ed. RT, 2ª edição, São Paulo, 2007, p. 219-224 – grifou-se).

³² "Mas se é a sociedade brasileira como um todo que arca, em última instância, com os custos da recuperação das empresas, é necessário que o Judiciário seja criterioso ao definir quais merecem ser recuperadas. Não se pode erigir a recuperação das empresas um valor absoluto. Não é qualquer empresa que deve ser salva a qualquer custo. Em muitos casos – eu diria, na expressiva maioria deles – se a crise não encontrou uma solução de mercado, o melhor para todos é a falência, com a realocação em outras atividades econômicas produtivas dos recursos materiais e humanos anteriormente empregados na falência. Em outros termos, somente as empresas viáveis devem ser objeto de recuperação judicial ou extrajudicial. Para que se justifique o sacrifício da sociedade brasileira presente, em maior ou menor extensão, em qualquer recuperação de empresa não derivada de solução de mercado, o devedor que a postula deve mostrar-se digno do benefício". (ob. cit., p. 127).

³³ "**A função social da empresa exige sua preservação, mas não a todo custo.** A sociedade empresarial deve demonstrar ter meios de cumprir eficazmente tal função, gerando empregos, honrando seus compromissos e colaborando com o desenvolvimento da economia, tudo nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101/05. Nesse contexto, a suspensão, por prazo indeterminado, de ações e execuções contra a empresa, antes de colaborar com a função social da empresa, significa manter trabalhadores e demais credores sem ação, o que, na maioria das vezes, terá efeito inverso, contribuindo apenas para o aumento do passivo que originou o pedido de recuperação". (AgRg no CC 110250/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/09/2010, DJe 16/09/2010).

³⁴ Na doutrina: "O princípio da preservação da empresa não representa que toda e qualquer empresa deva ser preservada. Não é isso. Na verdade, **esse princípio também representa a liquidação imediata de determinada empresa**, como forma de preservar as demais que funcionam naquele sistema, evitando destarte que todo o mercado fique abalado". (CARLOS ALBERTO FARRACHA DE CASTRO, *Colonialismo jurídico e a reforma do direito falimentar*, in *Doutrinas Essenciais, Direito Empresarial*, v. VI, org. Arnold Wald, RT, São Paulo, 2011, p. 67 – grifou-se).

esteja em crise econômico-financeira, mas não titule empresa viável, altere suas obrigações é premiar a ineficiência, contrariar a decisão do mercado e prejudicar a ordem econômica. Permitir que o devedor empresário modifique as obrigações com base em um plano inviável é, além de subscrever uma provável mentira (porque somente se um evento futuro e incerto ocorrer as novas obrigações serão cumpridas), colocar em risco a manutenção de sua atividade empresarial e negar tutela jurisdicional à minoria dos credores opositores.

Alguns temem pelos efeitos práticos do encaminhamento da empresa inviável à falência. Temem pelo desemprego que possa ser gerado. Isso, todavia, não pode justificar modificação das obrigações do devedor. Esse é um falso problema. Primeiro porque a manutenção da atividade empresarial deve ser buscada tanto na recuperação judicial, quanto na falência (artigo 75 e 140), transferindo-a onerosamente, neste último caso, para outro empresário. Segundo porque o trabalhador, ao escolher celebrar o contrato de trabalho com determinado empregador, assume, no exercício de seu livre-arbítrio, o risco da falência (e, conseqüentemente, da extinção do contrato de emprego por esse motivo).³⁵ Terceiro porque melhor será para o trabalhador que, o quanto antes, procure recolocação no mercado de, sob pena de trabalhar sem que, ao final, receba a remuneração acordada. Quarto porque a manutenção da empresa inviável aumentará seu endividamento, retardando a alocação eficiente dos respectivos bens e prejudicando os demais credores (não apenas os trabalhadores), sem nenhum benefício aos consumidores.

³⁵ Sem mencionar a rede de proteção legal que existe ao trabalhador, como o seguro-desemprego pago pela Previdência Social e como a frouxidão dos requisitos legais para sujeitar bens de administradores do devedor e de sócios do devedor à satisfação dos créditos trabalhistas.

V. NATUREZA CONTRATUAL OU PROCESSUAL?

Parte da doutrina entende que a recuperação judicial consiste apenas em negócio jurídico bilateral feito sob supervisão do Poder Judiciário, não tendo, portanto, natureza processo contencioso³⁶. Utilizam o argumento de que, feita a proposta pelo devedor e aceita a proposta pelos credores, a recuperação deve ser concedida, como se se tratasse de um acordo de vontades.^{37 38}

Esse entendimento ignora o fato de que os direitos de crédito são alterados por uma maioria de credores formada segundo critérios estabelecidos em lei, **contrariando a vontade dos credores que votam pela rejeição do plano**. Ora, suponha-se que o devedor queira pagar 50% do que deve em 20 (vinte) anos, mas o credor queria receber 100% do crédito imediatamente. Como afirmar que há acordo de vontades e que não há conflito de interesses qualificado pela pretensão do devedor resistida pelo credor?³⁹

³⁶ Pela natureza processual, manifestaram-se: PAULO SÉRGIO RESTIFFE (*Recuperação de Empresas*, Manole, Barueri, 2008, p. 43-45) e WALDO FAZZIO JÚNIOR (*Nova lei de falência e recuperação de empresas*, São Paulo, Atlas, 2005, p. 128-129).

³⁷ MAURO PENTEADO in Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, coord. Francisco Satiro de Souza Júnior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, RT, São Paulo, 2ª ed., p. 85. Para ele, essa categorização tem a vantagem de submeter os sujeitos envolvidos aos deveres de probidade e boa-fé objetiva (artigo 422 do CC2002). Entretanto, ao contrário, a natureza processual da recuperação judicial, nenhuma diferença haveria porque as partes estão igualmente obrigadas a praticar os atos processuais com probidade e lealdade (artigo 14, II, do CPC).

³⁸ Os próprios contratualistas têm dificuldade em justificar a existência de ato negocial que se realize mediante processo: “*Trata-se de uma ação predominantemente constitutiva positiva, na medida em que ela visará a ajustar a situação jurídica do devedor em crise, isto é, caso o pedido seja acolhido, ele irá modificar as relações jurídicas do devedor*”. Mesmo aqueles que, como nós, reconhecem um acordo na recuperação judicial vislumbram nesse pedido uma ação constitutiva positiva, no sentido de que, uma vez concluído o acordo, haverá a modificação da situação jurídica do devedor”. (MARLON TOMAZZETE, *Falência e Recuperação de Empresas*, v. 3, São Paulo, Atlas, 2011, p. 57). Ora, uma coisa é homologar um acordo, outra, bem diversa, é o Estado, no exercício de jurisdição, em razão da presença de requisitos legais, substituir a vontade dos credores, inclusive da minoria.

³⁹ O mesmo argumento é usado por ALESSANDRO NIGRO e DANIELLE VATERMOLI ao se manifestarem sobre a natureza do *concordato preventivo* italiano, embora com a conclusão de que se trata de instituto *sui generis*: “*Il semplice fatto che la proposta concordataria avanzata dal debitore si ritenga accettata e possa successivamente essere omologata dal tribunale, nonostante il voto contrario della minoranza dei creditori, dimostra l'irriducibilità del concordato allo schema contrattuale, essendo a questio estranea la regola maggioritaria. Quanto sin qui affermato consente, in ultima analisi, di pervenire agli stessi risultati raggiunti con riferimento alla natura giuridica del concordato fallimentare: anche il concordato preventivo si presenta come un istituto sui generis, avente natura giuridica ibrida, pubblico/privata*” (ob. cit., p. 348 – grifou-se)

Ocorre que, em se tratando de recuperação judicial, não basta a vontade do devedor e de determinado número de credores e volume de créditos para autorizar a modificação de obrigações validamente constituídas. À luz dos artigos 47 e 51, é preciso que exista **crise econômico-financeira**, que a **empresa seja viável** e que o **plano seja viável**, porque são estes os elementos que justificam a exceção ao princípio de proteção à propriedade e ao ato jurídico perfeito; e, conseqüentemente, representam o direito à modificação das obrigações. Estivesse a recuperação judicial calcada exclusivamente na vontade de devedor e parte dos credores, bastaria que o devedor se endividasse de forma fictícia com alguns credores em volume tal que permitisse a aprovação do plano, exclusivamente para diminuir sua dívida, sem que houvesse crise nem empresa viável.

Nem mesmo a eventual ausência de objeção ao plano de recuperação autoriza sustentar a tese contratualista, porque a recuperação – repita-se – não deve ser concedida sem que exista crise e a empresa e o plano sejam viáveis. Para o ato negocial, a lei prevê a recuperação extrajudicial que não obriga outros credores além dos que transacionaram (artigo 161), exceto na hipótese de pretender obrigar todos os credores de determinada classe em razão da manifestação de vontade do devedor e de 3/5 dos credores da classe em questão (artigo 163). Nesse caso, também há lide, porque (i) o plano obriga credores que não manifestaram sua vontade e (ii) a lei exige a presença dos requisitos de crise econômico-financeira, viabilidade da empresa e viabilidade do plano.

A tese contratualista objeta tais fundamentos com o argumento de que a maioria teria legitimidade para obrigar a minoria. Tentam transplantar um conceito de deliberação assemblear próprio do direito societário para o campo das obrigações, apenas porque há uma “coletividade de credores” de um devedor comum. Esse argumento é falacioso porque ignora o fato de que, na associação ou sociedade, há um ato de manifestação de vontade prévia em que o aderente concorda em se submeter à decisão da maioria. No caso da “coletividade dos credores”, jamais há, por parte de qualquer credor, tal manifestação de vontade. Nem poderia haver, uma vez que ele não tem condições de controlar o volume de

endividamento do devedor, **o qual contrai obrigações segundo seu talante, sem ter de consultar seus credores já existentes**. Vale dizer, nenhum credor tem condições de controlar, ao contrário do que ocorre com acionistas ou quotistas, o percentual de seu crédito no conjunto da dívida do devedor comum. Por isso, nem mesmo se pode dizer que a manifestação de vontade de se submeter à decisão de maioria em processo de recuperação seria expressa no momento da constituição do crédito, porque o devedor não é obrigado a precisar o percentual que o crédito representa e porque o percentual de representatividade aumenta e diminui ao longo do tempo sem que o credor possa controlá-lo (ou sequer acompanhá-lo).

Daí a recuperação judicial não poder ser tratada como ato negocial, mas, sim, como processo contencioso por meio do qual **o devedor empresário obtém tutela constitutiva do Poder Judiciário para alterar parte de suas obrigações**.^{40 41}

⁴⁰ Sobre a tutela constitutiva, embora no regime da concordata: “A primeira dessas situações é representada pelas sentenças constitutivas: elas contêm em si, ao lado do momento declaratório integrante de todas as sentenças de mérito, um segundo momento lógico consistente na alteração da situação jurídica em que antes as partes se encontravam (ordinariamente, situação jurídico-substancial). O volume de poder de que dispõe o Estado e a sólida base política em que se apoia autorizam-no a impor, nesse segundo momento lógico, a criação, modificação ou extinção de relações jurídicas, direitos e obrigações, como é o caso, v.g.: a) das chamadas “sentenças substitutivas a vontade do obrigada” (criam a relação jurídica que deveria ter sido criada mediante o omitido cumprimento da obrigação de contratar); **b) da sentença concessiva de concordata (modifica o valor e tempo de pagamento das obrigações do comerciante)** c) da que acolhe o pedido de anulação de contrato (extingue o vínculo jurídico existente entre os contratantes). É muito expressiva, nesse contexto, a lembrança das sentenças constitutivas necessárias (divórcio, nulidade de casamento), proferidas em casos de acentuada indisponibilidade de direitos, as quais instituem situações jurídicas que nem o comportamento do demandado ou o concerto de vontades de ambas as partes, nem antes nem depois da emissão do provimento jurisdicional, seria capaz de instituir”. (CANDIDO RANGEL DINAMARCO, *A Instrumentalidade do processo*, 7ª ed., Malheiros, São Paulo, 1999, p. 100-101 – grifou-se).

⁴¹ Sobre a litigiosidade do processo, embora tratando de concordata, PONTES DE MIRANDA: “A eficácia vinculativa que tem a sentença de decretação da concordata, preventiva ou suspensiva, é resultante da natureza da sentença que é constitutiva. Não se pense em eficácia negocial, unilateral ou contratual, porque de modo nenhum há *negotium*. O devedor comum, a favor de quem o sistema jurídico cria direito, pretensão e ação de concordata, exerce a pretensão à tutela jurídica, invocando esse direito à concordata, exigindo-a em juízo. O Estado entrega-lhe a prestação jurisdicional, que consiste, em caso de procedência da ação, em estabelecer-se o estado de concordata. A vinculação dos credores do mesmo devedor resulta de haver, na esfera jurídica de cada um, limitação legal ao direito de crédito, o que permite ao Estado constituir a concordata”. (*Tratado das Ações*, vol. III, RT, São Paulo, 1972, p. 439-440).

VI. A RECUPERAÇÃO SEGUNDO O DIREITO PROCESSUAL

A análise da doutrina produzida ao longo de aproximadamente 10 (dez) anos de vigência da lei, mostra claramente que o assunto foi tratado muito mais pelos estudiosos do direito comercial do que do direito processual.⁴²

43 44

Os temas de direito material preponderam, inclusive nos textos escritos por processualistas. É emblemático que os 2 (dois) principais temas que suscitaram debate (na doutrina e na jurisprudência), tenham sido: (i) a ausência de sucessão de obrigações (trabalhistas e tributárias inclusive) ao adquirente de unidades produtivas vendidas na recuperação judicial, (ii) não sujeição de créditos garantias fiduciárias à recuperação.

Essa análise, contudo, deve ser feita pela simples razão de que a recuperação judicial se desenvolve por meio de uma relação jurídica processual, em que o devedor empresário, alegando crise econômico-financeira, viabilidade da empresa e viabilidade do plano, submete ao Estado-juiz a pretensão de alterar suas obrigações, exercendo-a em face da maior parte de seus credores.

⁴² São honrosas exceções as obras voltadas para a análise processual da recuperação judicial de: RICARDO NEGRÃO (*A Eficiência do Processo Judicial na Recuperação de Empresas*, Saraiva, São Paulo, 2010) e GERALDO FONSECA DE BARROS NETO (*Aspectos Processuais da Recuperação Judicial*, Conceito Editorial, Florianópolis, 2014).

⁴³ A hipótese de GERALDO FONSECA DE BARROS NETO para explicar o grande volume de obras focadas em direito material frente a poucos estudos processuais seria o impacto da doutrina de NELSON ABRÃO, segundo a qual a concepção processual dos institutos falimentares seria prejudicial à recuperação da empresa e responsável pela crise do direito falimentar (ob. cit., p. 29). Mesmo que essa hipótese seja verdadeira, isso não deve afastar a recuperação judicial como objeto de estudo dos processualistas.

⁴⁴ São palavras de NELSON ABRÃO, no Capítulo “Conseqüências da visão prevalentemente processual da falência”: “Um dos primeiros a se aperceber dos efeitos danosos da concepção preponderante ou exclusivamente processualista da falência foi Ascarelli. Assim é que assinala o mestre italiano, em seu ‘Corso di Diritto Commerciale’, p. 308, Milão, 1962 que ‘... no envolver de nossa legislação foi colocada uma conotação mais marcadamente processual no instituto, traduzida legislativamente na acentuação dos poderes do juiz delegado, na desvalorização da comissão de credores, etc. Daí a crise do instituto falimentar, que terminou por esquecer a peculiaridade dos problemas para a solução dos quais é entendido o instituto’. Começou-se, então, onde mais se fez sentir a tendência acentuadamente processualista da falência, isto é, nos ordenamentos latinos, a apontar os inconvenientes de tal posição” (*A continuação do negócio na*

Como o artigo 189 determina a aplicação do CPC aos procedimentos previstos na Lei 11.101/2005 no que couber, alguns doutrinadores defendem que o CPC seja aplicado quando não houver regra específica na Lei 11.101/2005. Isso, contudo, não explica todo o fenômeno.

A recuperação judicial não é apenas um procedimento especial. É um processo especial (ou diferenciado), moldado à luz das características da relação jurídica de direito material discutida.⁴⁵ Mas, antes de tudo, é um processo. Como tal, não pode dispensar a observância de certas figuras jurídicas caríssimas ao direito processual civil, como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a tríade de ônus alegar-pedir-provar, os elementos da demanda, as condições da ação, os requisitos de constituição e desenvolvimento válido do processo, a análise do mérito, a eficácia processual e a eficácia material das decisões, a imunização dos efeitos das decisões, o litisconsórcio e a participação de terceiros, etc., **seja no âmbito de tutela cognitiva, seja no âmbito de tutela de urgência, seja no âmbito de tutela executiva.**

Afinal, mesmo que a lei não contivesse o artigo 189, de onde seria retirado o arcabouço conceitual necessário para formatar o processo de recuperação judicial? Evidentemente, do Código de Processo Civil.

Não se propõem, contudo, a simples implantação de uma visão processualista da recuperação judicial em detrimento da visão comercialista (ou de direito material). Definitivamente não é isso. O que se propõem é uma visão integrada, que esteja de acordo com o atual estágio do direito processual civil, no qual o processo, embora relação jurídica independente, deva ser interpretado e utilizado de acordo com as características da relação jurídica de direito material que vise tutelar.

falência, ob. cit., p. 38). Ressalve-se: agora, a legislação é outra e diversos reclamos do autor foram atendidos na Lei 11.101/2005.

⁴⁵ *“Leis extravagantes instituem algumas tutelas diferenciadas de relevante dimensão social, econômica ou política, fazendo-o com o manifesto propósito de privilegiar certos direitos ou*

Nesse sentido, a visão processualista da recuperação judicial (processualista no sentido exposto no parágrafo anterior) contrabalança a concentração de atenção que existe acerca dos meios de recuperação (artigo 50). Os meios de recuperação são, sem dúvida, importantes, mas era (e é) desnecessário que a lei os sugerisse. A criatividade dos profissionais envolvidos com a elaboração do plano é muito mais profícua que a do legislador. Os meios de recuperação não são outra coisa senão medidas para adequar a atividade empresarial ao mercado, de modo que (i) gere receitas superiores às despesas, (ii) cesse o aumento da dívida e (iii) pague a dívida existente. Servem, em última análise, para convencer os credores sujeitos ao plano (e o juiz) que a empresa é viável (gera excedentes) e que a dívida pode ser paga (plano viável).

Os meios de recuperação podem ser executados sem a necessidade da intervenção estatal (processo judicial). As exceções mais relevantes a esse postulado são: (i) a venda de unidade produtiva sem sucessão de obrigações (inclusive trabalhistas e tributárias) e (ii) a venda de outros bens sem que ela implique fraude contra credores. O que, contudo, não pode fazer o devedor é alterar unilateralmente suas obrigações. Tudo isso deve ser considerado sem perder de vista que o plano abrange parte dos créditos, e não sua totalidade. Boa parte dos créditos não está sujeita ao plano, o que gera uma disputa sobre o patrimônio do devedor (com diversos conflitos a serem, portanto, dirimidos).

O estudo da recuperação judicial sob o enfoque do processo civil desdobra-se, portanto, em 2 (dois) ramos principais, a saber: (i) o complexo de questões relativas ao direito de alterar as obrigações pela formação de um novo título executivo (exercido em juízo pela outorga de tutela constitutiva) e (ii) o complexo de questões relativas à utilização do patrimônio do devedor para satisfazer os créditos (sujeitos ou não ao plano).

situações que o constituinte e o legislador entendem dignos de maior atenção". (DINAMARCO, Instituições de Direito Processual Civil, v. III, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 2002, p. 739).

VII. TUTELA DO DEVEDOR (DIREITO À ALTERAÇÃO DE OBRIGAÇÕES), A TUTELA DOS CREDORES (DIREITO À EXCUSSÃO DE BENS PARA SATISFAZER CRÉDITOS), A TUTELA DO INTERESSE DIFUSO DE MANUTENÇÃO DA EMPRESA E A TUTELA DA MINORIA DOS CREDORES

O devedor empresário, por titular a atividade empresarial, foi tratado diferentemente em relação aos outros devedores não empresários. Conferiu a ele a lei o direito à modificação de suas obrigações, desde que presentes os requisitos da crise econômico-financeira, da viabilidade da empresa e da viabilidade do plano.

A quebra da isonomia tem uma justificativa muito clara: o interesse coletivo na manutenção da organização dos bens de produção (a empresa). Não há que se confundir esse interesse coletivo^{46 47 48} (que é difuso,

⁴⁶ Sobre esse ponto, FÁBIO KONDER COMPARATO, criticando a lei falimentar anterior (o que contribuiu para formar o quadro de entendimento dentro do qual a lei atual foi criada): “O legislador parece ter desconhecido totalmente a realidade da empresa, como centro de múltiplos interesses – do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, da região, do fisco, do mercado em geral – **desvinculando-se da pessoa do empresário**”. (Aspectos jurídicos da macro-empresa, RT, São Paulo, 1970, p. 102 – grifou-se).

⁴⁷ Também nesse sentido JOSÉ DA SILVA PACHECO: “Se, eventualmente, um empresário ou sociedade empresária entra em crise, com a momentânea alteração do curso de seus negócios, trazendo-lhe problemas de natureza econômica, financeira ou técnica, é razoável que a ordem jurídica lhe proporcione anteparos, visando não somente a sua estrutura jurídica ou econômica, nem apenas o binômio credor-devedor, mas, sobretudo, sua função social”. (Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2013, p. 143).

⁴⁸ Também identificando claramente os interesses do devedor, do credor e da manutenção da empresa (e dos postos de trabalho), EDOARDO F. RICCI escreveu: “It is easily understood that the interests involved in insolvency proceedings are many: the interest of creditors to obtain a large and quick satisfaction; the interest of the debtor for a dignified existence (especially after the end of the insolvency proceeding) the interest of employees for the conservation of their employment; **of the collectivity to keep away from the market all activities incapable of producing richness and (at the same time) to save those activities capable of bringing advantages for everybody**. And it is also easily understood that such interests may be (and normally are) in conflict one with the other. But the main difficulties really arise from this conflict: value choices are also (and above all) necessary, in order to decide which interests need protection, but also which interest may be sacrificed. The picture drawn in the previous paragraphs shows that in the last years the interest of creditors has come into the limelight. At the same time also the interest of the debtor managed to emerge. Inevitably, the interest of employees for the conservation of their job has had to pay; and also the interest of the collectivity has been somehow forgotten. But is this right? **Are we sure that the insolvency law the interest that need protection are those of creditors and that of the debtor instead of that of employees for the conservation of their job and that of the collectivity for the conservation of its sources of richness? I strongly doubt that. In any case, I am sure this is the fundamental question that shall dominate insolvency law in the future**”. (“Newtrends in Insolvency Proceedings. General Reporter – Civil Law, in Direito

isto é, co-titulado por um número indeterminado de indivíduos ligados pelo fato de pertencerem ao mesmo mercado)⁴⁹ com o direito à modificação das obrigações. O inexistência do direito à modificação das obrigações não conduz (ou ao menos não deve conduzir) ao encerramento das atividades empresariais. Vale dizer, o pedido de recuperação pode ser indeferido e a falência pode ser decretada, mas, ainda assim, a atividade empresarial deve continuar, conduzida por outro empresário.

O direito à modificação das obrigações, que são constituídos por determinados fatos, pode ser impedido por outros fatos e pode ser extinto por outros tantos, é do interesse do devedor e difere do interesse coletivo da manutenção da empresa. Essa distinção é um pilar fundamental para bem interpretar o processo de recuperação.

Pode-se dizer, *grosso modo*, que (i) a crise econômico-financeira consiste na impossibilidade de realizar o pagamento das obrigações (passadas e presentes) necessárias à condução da atividade empresarial, tais como elas foram avençadas, (ii) a viabilidade da empresa consiste na possibilidade de que, no curto, médio ou longo prazo, se mantida a organização dos bens de produção, sejam produzidos excedentes capazes de justificar a permanência da empresa⁵⁰, e (iii) a viabilidade do plano consiste na possibilidade de que os excedentes gerados pela empresa sejam de tal ordem que possam fazer frente às novas obrigações e saldar as antigas.

Assim, embora tenha havido um descompasso entre as decisões do devedor na organização de sua atividade empresarial e as decisões

Processual Comparado, XIII World Congress of Procedural Law, Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 282 – grifou-se).

⁴⁹ “São interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g. o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g. os consumidores). Caracterizam-se pela indeterminação de sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou manutenção no tempo e no espaço”. (RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*, 3ª ed., RT, São Paulo, 1994, p. 114-115).

⁵⁰ Sobre critérios para avaliação da viabilidade da empresa, vide FÁBIO ULHOA COELHO (ob. cit., p. 127-129).

de compra do consumidores, conduzindo à crise econômico-financeira, seja possível manter a empresa. Para que a empresa seja mantida sob condução do devedor, parte das obrigações (a maior parte, aliás) precisa ser alterada e o juízo sobre a presença dos requisitos necessários para tanto é outorgado à vontade dos credores, que é formada segundo critérios legais.

De fato, se, de um lado, interessa a manutenção da organização produtiva, de outro, também interessa a satisfação dos credores, não apenas em razão da preservação do direito de propriedade (do crédito), mas, sobretudo, porque os credores também titulam, na maioria das vezes, organizações produtivas, **merecedoras, portanto, de igual proteção**. Mesmo os credores trabalhistas merecem proteção (embora não titulem nenhuma empresa), para que não continuem entregando sua força de trabalho sem receber a remuneração acordada.

Aliás, a circunstância de os credores, especialmente os médios e pequenos, estarem sujeitos à imposição da vontade de credores maiores, que possam absorver maior prejuízo, ou que tenham acordado paralelamente com o devedor, justifica a intervenção do Poder Judiciário na análise da efetiva existência de crise econômico-financeira, de viabilidade da empresa e do plano.

Esses são os fatos constitutivos do direito alegado pelo devedor, componentes, portanto, da causa de pedir, às quais o direito brasileiro, até este momento, não tem dado muita importância. O reflexo, no processo, é que se ignora estarem ou não presentes. Fia-se na premissa equivocada de que os credores, se não fizeram tal análise, deveriam tê-la feito e, dentro de seu poder de disposição, podem mesmo deixar de fazê-la. Esse argumento seria absolutamente válido se (e somente se) a oposição de qualquer um credor bastasse para impedir a modificação de sua obrigação (caso em que, evidentemente, a recuperação judicial perderia a razão de ser). Entretanto, como o credor está sob a álea (o risco) de que a obrigação seja alterada contra sua vontade, em condições inclusive diferentes (piores) do que aquelas impostas aos devedores com maior participação no total dos créditos (que podem usar esse poder legitimamente para ter condições melhores de pagamento), é de suma

relevância que, embora observe a aprovação do plano de recuperação, o juiz não seja forçado a conceder recuperação ignorando prova cabal e irrefutável de que os requisitos legais para tanto não estejam presentes.

Se o fizer, não tutelar, diretamente, o interesse difuso de manutenção da empresa, que pode e deve ser transferida a outro empresário, e, indiretamente, não tutelar a minoria dos credores.

De outro lado, os credores sujeitos ao plano, desde o deferimento do processamento da recuperação, sofrem restrições à tutela executiva para satisfação de seus créditos. Nesse sentido, o deferimento da recuperação judicial representa uma exceção legal à regra geral do artigo 591 do CPC.⁵¹ As execuções são suspensas, embora possam ser retomadas em 180 (cento e oitenta dias), caso não tenham sido novadas pela concessão da recuperação. Se tiverem sido novadas, os créditos só poderão ser executados de acordo com as modificações prescritas no plano e apenas se for descumprido depois de 2 (dois) anos da concessão da recuperação. Nesse ínterim, o plano poderá ter previsto a venda de unidades produtivas do devedor (artigo 60). Além disso, o devedor pode endividar-se no curso da recuperação, permitindo que outros credores (ou os mesmos credores, porém no exercício de novos créditos) disputem os bens do devedor comum, embora a lei preveja a vedação da alienação e constituição de garantia de bens do ativo permanente (artigos 27, II, c, e 66).

Ao não apresentar resistência à pretensão de alteração das obrigações, abster-se de discutir a existência de crise, viabilidade da empresa e viabilidade do plano, ou manifestar-se concorde com a existência de tais

⁵¹ Sobre a responsabilidade patrimonial regulada pelo artigo 591 do CPC, confira-se CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: *“Daí a antiga e reconhecida regra segundo a qual o patrimônio do devedor é a garantia comum de seus credores, presente, com outras palavras, no art. 591 do Código de Processo Civil (“o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros” – v. também CC, art. 391). Essa é a fórmula básica da responsabilidade patrimonial, ou responsabilidade executiva, que se conceitua como a suscetibilidade de um bem ou de todo um patrimônio a suportar os efeitos da sanção executiva: sabido que a execução por sub-rogação é uma sanção, ou conjunto de medidas destinadas a atuar sobre bens integrantes de um patrimônio (penhora, busca e apreensão etc. – supra, n. 1.326), responsabilidade é um estado de potencial sujeição a ela, ou seja, é sujeitabilidade à sanção. (Instituições..., ob. cit., v. IV, p. 351).*

requisitos, o credor, inicialmente tolhido da tutela executiva, assume o risco de que o endividamento seja aumentado e de que unidades produtivas sejam alienadas, de tal maneira, que, ao final, sobrevenha falência e o credor acabe recebendo menos do que receberia se a recuperação não tivesse sido concedida.

A existência desses 4 (quatro) interesses merecedores de tutela é um princípio que se irradia às regras e deve, portanto, ser usado na interpretação do processo de recuperação judicial.⁵²

⁵² Não há, portanto, apenas um interesse a ser tutelado. Contrariamente, enxergando apenas o interesse da manutenção da empresa, RICADO NEGRÃO (ob. cit., p. 141): “*Outro ponto a não se olvidar repousa em que a tutela jurisdicional concebida pelo legislador de 2005 recai sobre a empresa e sua preservação e não sobre a pessoa do empresário, concepção abandonada com a revogação do Decreto-lei n. 7.661/45. Portanto, não se trata de assistencialismo como pretende Sztain (2006, p. 221), porque a preservação não assegura a manutenção dos titulares à testa dos negócios, nem privilegia empresários incapazes, desidiosos ou seus infortúnios, mas tem por fim atender à realidade social que a manutenção da dinâmica empresarial representa, suprimindo as deficiências encontradas, inclusive, se necessário, o afastamento dos primitivos titulares e seus administradores*”.

VIII. INEXISTÊNCIA DE CONCURSO UNIVERSAL DE CREDORES E *PARS CONDITIO CREDITORUM* LIMITADA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Não há, na recuperação judicial, concurso universal de credores. A hipótese é diversa da falência. Não se trata de liquidar o ativo para pagar o passivo. Trata-se de modificar parte das obrigações do devedor demonstrando crise, empresa viável e plano viável. Os credores não concorrem entre si para constranger e executar o patrimônio do devedor. Limitam-se a (i) decidir pela manutenção da empresa sob a condução do devedor, (ii) discutir (ou abster-se de discutir) o direito material à recuperação judicial, (ii) habilitar seu crédito, (iii) fiscalizar a habilitação de outros créditos e (iv) monitorar o endividamento posterior do devedor.

Não estando falido o devedor e havendo constrição sobre um mesmo bem por mais de um credor, estabelece-se o concurso comum previsto no artigo 711 do CPC, que se resolve pelos critérios da preferência legal e da anterioridade da penhora. Havendo falência, todos os ativos são liquidados (preferencialmente o conjunto dos bens, corpóreos e incorpóreos, que compõem o estabelecimento) para que o passivo seja pago na ordem estabelecida pela lei.

O processo de recuperação judicial, diferentemente do concurso comum e do concurso universal, não envolve constrição nem excussão de bens do devedor. O devedor continua na administração de seus bens. Não há penhora, nem há arrecadação. Ao cabo do processo, os credores sujeitos à recuperação terão à disposição título executivo judicial, que conterà as novas obrigações substituidoras das obrigações originalmente contratadas ou definidas em lei. Não recebendo espontaneamente os pagamentos, executarão ou pedirão a falência do devedor. Se executarem, podem vir a participar de concurso de comum de credores. Se pedirem a falência, participarão do concurso universal. Enquanto participarem da recuperação judicial, não estarão em concurso de credores.

Também não vigora, na recuperação judicial, o princípio de igualdade de condições dos credores (*pars conditio creditorum*), ao menos não na extensão e profundidade que vigora na falência.⁵³

Na falência, essa igualdade é observada, em primeiro lugar, em relação à totalidade dos bens do devedor, que são integralmente arrecadados para satisfação dos credores, segundo ordem legal. Em segundo lugar, a igualdade é escalonada. Os credores são tratados igualmente dentro de suas classes. Todavia, não recebem tratamento igualitário em relação aos que lhes precedem nas ordens estabelecidas pelos artigos 149 a 153 da lei. A lei, com maior ou menor justiça (segundo a escolha do Poder Legislativo), aumenta ou diminui o risco de cada crédito, por sua natureza, ser satisfeito. Se houvesse tratamento integralmente igualitário, cada credor receberia, necessariamente, um percentual do ativo, por menor que fosse.

Na recuperação, **a lei separa os créditos em duas categorias: os que estão sujeitos e os que não estão sujeitos à recuperação, dispensando-lhes tratamento diferenciado.** Não estão sujeitos à recuperação os créditos (i) criados antes do pedido, mas excepcionados pela lei (como os tributários, por exemplo), (ii) criados depois do pedido e (iii) criados antes do pedido, mas não trazidos ao processo de recuperação (por ausência de citação dos credores)⁵⁴.

Diferentemente dos credores sujeitos à recuperação, os titulares de créditos não sujeitos à recuperação podem constranger e executar bens alienados em garantia, ou, em se tratando de créditos tributários⁵⁵ ou aqueles constituídos depois do pedido, podem constranger e executar livremente quaisquer bens do devedor em recuperação, não apenas durante o prazo de suspensão dos

⁵³ O que também é percebido no direito italiano, quanto ao *concordato preventivo*, como destaca MASSIMO FABIANI: “*Ed allora, se l’attuazione della pars conditio era um dogma anche del concordato in passato, ora non è più così; le norme sulla formazione delle classi, là dove, in particolare, stabiliscono che ai creditori possono essere offerti trattamenti differenziati pur a parità di situazione giuridica, si pongono come norme derogatorie della disciplina generale in tema di obbligazione e responsabilità. Questo però non significa affatto che là dove non sono previsti trattamenti differenziati, li non avrebbe ragion d’essere la costituzione di classi*”. (*Falimento e Concordato Preventivo, vol. II – Concordato Preventivo*, Zanichelli Editore, Bologna, 2014, p. 93).

⁵⁴ Do que se tratará mais adiante.

⁵⁵ Vide, mais adiante, análise detalhada dos créditos tributários.

processos (que não lhes atinge), mas inclusive após a concessão da recuperação. Não há nenhum dispositivo legal sequer, nenhuma razão jurídica, para lhes negar a tutela jurisdicional necessária à satisfação de seus créditos.

O artigo 49 exclui expressamente da recuperação os créditos criados depois do pedido. Essa exclusão está fundada na necessidade de que o processo se desenvolva sobre fatos ocorridos antes do pedido de processamento. A admissão de créditos posteriores ao pedido dificultaria ou inviabilizaria o desenvolvimento da marcha processual. Se créditos posteriores ao pedido ficassem sujeitos à recuperação, uma nova lista de credores teria de ser publicada mensalmente, novas habilitações de crédito surgiriam ao longo do processo e a assembleia de credores dificilmente teria lugar. A exclusão dos créditos posteriores constitui, portanto, uma exigência processual.

Durante a recuperação, o devedor continua na administração de seus bens, com a única limitação de não poder alienar ou onerar bens do ativo permanente, a menos que isso, segundo decisão final do judiciário, for de evidente utilidade ou tiver sido autorizado na aprovação do plano de recuperação (artigos 64, *caput*, e 66). É natural, portanto, que, na consecução de seu objeto social, o devedor contraia novas obrigações. Sabendo que a realização de novos negócios é vital à continuação da empresa, o legislador classificou como extraconcursal, em eventual falência do devedor, o crédito decorrente de obrigação contraída durante a recuperação judicial (artigo 67). Isso implica em que os credores sujeitos à recuperação corram o risco de que o devedor aumente ainda mais sua dívida. Não à toa, o endividamento do devedor no curso da recuperação fora dos limites adequados justifica a remoção do devedor ou de seus administradores da condução da atividade (artigo 64, IV, b e c, da lei).

Como não estão sujeitos à recuperação, os credores posteriores podem penhorar e excutir inclusive os bens que tiverem sido prometidos aos credores sujeitos à recuperação. Ao aprovarem o plano de recuperação, os credores terão, portanto, de avaliar se o devedor tem patrimônio suficiente para, além de cumprir o plano, satisfazer os créditos de seu novo endividamento. Se esse juízo resultar negativo, será preferível o caminho da

falência, para que participe em maior proporção do ativo do que participaria caso permitisse novo endividamento do devedor.

Impedir que os créditos criados depois do pedido não possam ser satisfeitos com o patrimônio do devedor implica negar tutela jurisdicional aos seus titulares. O uso do interesse da preservação da empresa para afastar a constrição e excussão dos bens do devedor, inclusive aqueles indicados no plano para convencer os credores a aprovarem-no, é manifestamente abusivo. O princípio da manutenção da empresa serve (i) para justificar as modificações das obrigações criadas antes do pedido (e, portanto, o sacrifício dos credores) e (ii) para separar a sorte do devedor da sorte da empresa. Não serve (ou ao menos não deve servir) para garantir proteção irrestrita do patrimônio do devedor em relação aos seus credores. Vale dizer, o devedor não pode, impunemente, aumentar sua dívida sem que seu patrimônio possa ser constrito e executado. Se esse entendimento prevalecer, dificilmente os agentes do mercado quererão negociar com o devedor em recuperação (em processamento ou concedida). Se negociarem, ajustarão seus preços e condições à realidade de que, não lhes sendo pagos os créditos, não poderão constranger e executar os bens do devedor, ao contrário do que autoriza o artigo 593 do CPC.

Se o artigo 66 da lei autoriza a oneração de bens do ativo permanente caso exista utilidade evidente analisada pelo juiz, é evidente que tal oneração não se fará senão para que os bens onerados sejam executados em favor do credor não sujeito à recuperação. Por que razão o credor, nessa hipótese, estaria autorizado a executar os bens, ao passo que outros credores, ainda que não sujeitos à recuperação, não estariam autorizados a fazer o mesmo? Não há razão para admitir o tratamento desigual, porque ambos os créditos tem a mesma relevância, com a diferença de que, num caso, a relevante utilidade verificada pelo juiz autoriza a constituição de direito real, que garantirá preferência do respectivo credor em eventual concurso comum.⁵⁶

⁵⁶ Em eventual falência, o direito real será irrelevante, porque o crédito será extraconcursal, como se viu anteriormente.

Não bastassem isso, ainda existe a atribuição da natureza de crédito extraconcursal a esses créditos constituídos depois do pedido no caso de sobrevir falência. Tais credores terão direito a receber o pagamento dos créditos antes dos demais credores (artigos 83 e 149). Ora, se, na falência, preferirão àqueles sujeitos à recuperação, com muito mais razão, fora da falência, possam executar os bens, assim como podem, querendo, pedir a falência do devedor comum.

De outro lado, os credores sujeitos à recuperação somente poderão obter a constrição e a excussão de bens do devedor na seguintes hipóteses: (i) o façam depois do transcurso do prazo de 180 (cento e oitenta) dias do processamento do pedido (artigo 6º, § 4º), (ii) não tenham seus créditos alterados pelo plano de recuperação (artigo 45, § 3º), ou (iii) o façam após o descumprimento de obrigação exigível 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação (artigo 62). Mesmo assim, no curso da recuperação, os credores sujeitos à recuperação têm tratamento diferenciado. Apenas para ficar no mais óbvio, os créditos trabalhistas têm limitação de tempo para serem pagos e os créditos com garantia real não perdem a garantia sem que os respectivos credores concordem. Isso sem considerar que, a rigor, não há vedação legal ao tratamento diferenciado no plano. Pelo contrário, os artigos 45, § 3º, ao permitir que se exclua da votação credor cujo crédito não for alterado, e 58, § 2º, ao condicionar a aprovação com quórum menor ao requisito de que credores da mesma classe não tenham tratamento diferenciado, de modo que, a *contrario sensu*, na aprovação por quórum maior a diferenciação não seja empecilho, fazem concluir pela possibilidade de tratamento diferenciado dos credores sujeitos à recuperação.

Diante disso, é possível falar em *pars conditio creditorum* na recuperação judicial, mas exclusivamente em relação aos credores sujeitos à recuperação (daí porque o adjetivo “relativo” no título deste capítulo) e apenas quanto aos momentos em que eles têm direito à tutela executiva. Essa *pars conditio creditorum*, porque muito mitigada, em nada se assemelha àquela que vigora na falência, sobretudo porque há diversos credores que podem exercer

obter a satisfação de seus créditos no curso da recuperação, em condições totalmente diferentes dos demais.

IX. NOTÍCIA SOBRE DIREITO ITALIANO: *CONCORDATO PREVENTIVO*⁵⁷

Na Itália, a *Legge Falimentare* contém o instituto do *concordato preventivo*, que é o mais semelhante à recuperação judicial da Lei 11.101/2005. Estão sujeitos à falência e têm direito ao *concordato preventivo* os *imprenditori che esersitano una attività commerciale* e que tenham certa robustez patrimonial (artigo 1º).

O *concordato preventivo* desenrola-se perante um *Tribunale*, com decisão colegiada de 3 (três) juízes. Também exerce jurisdição sobre alguns aspectos o *giudice delegato* (artigos 25 e 163, 1), que também é um magistrado designado pelo *Tribunale*. Além disso, exercem *munus* público com atividade predominantemente fiscalizatória, o *commissario giudiziale* (artigos 163, 3, e 165).

A demanda de *concordato preventivo* pode ser apresentada pelo empresário que se encontre em *stato di crisi* ou *stato di insolvenza*. Os artigos 160 e 161 fazem uma distinção clara entre “plano” e “proposta” de pagamento das obrigações. Segundo o artigo 160, o plano pode prever: (i) a reestruturação dos débitos e o pagamento dos créditos de qualquer forma, inclusive com dação em pagamento, emissão de ações ou títulos etc. (artigo 160, a, que equivale aos meios de recuperação da legislação brasileira), (ii) a atribuição da empresa a um *assuntore* (artigo 160, b, que equivale ao gestor da legislação brasileira), (iii) divisão dos credores em classe segundo *posizione giuridiche* e interesses econômicos homogêneos (artigo 160, c), e (iv) o tratamento diferenciado entre credores de diferentes classes (artigo 160, d).

Segundo o artigo 161, a demanda deve ser instruída com informações sobre a situação patrimonial, econômica e financeira do devedor, relação completa de créditos e de débitos, suas garantias e privilégios, um plano que contenha a descrição da modalidade e do tempo de adimplemento da

⁵⁷ Escolheu-se o direito italiano em razão de a lei brasileira ter sido inspirada na lei italiana e também em razão da semelhança na discussão a respeito do juízo sobre a viabilidade ou *fattibilità* do plano.

proposta^{58 59}, e uma declaração de um *professionista* (que é um profissional certificado por órgão público, com formação em contabilidade, administração e direito) que ateste a *veridicità* dos dados da empresa e a *fattibilità* do plano apresentado (atestado que deve ser repetido se no caso de modificação substancial do plano). Se o plano estipular a manutenção da atividade empresarial com o devedor, ou sua transferência integral a um terceiro, ou sua integração em outras sociedades, a demanda deve ser instruída com relatório completo de custo e receitas decorrentes da continuação da atividade empresarial e a declaração do *professionista* deve certificar que a manutenção da atividade empresarial é melhor à satisfação dos credores (artigo 186-bis).

Conforme artigo 162, essa demanda pode ser admitida ou inadmitida por decreto do *Tribunale*, que pode determinar a complementação do plano ou dos documentos. Se julga que não estão presentes os requisitos dos artigos 160 e 161, pode julgar inadmissível a demanda e, se estiver insolvente (e não apenas em crise – artigo 5º), decretar a falência. Ao contrário, o *Tribunale* pode admitir a demanda por decreto não sujeito a recurso (*decreto di ammissione*), controlando a classificação de credores, nomeando *giudice delegato* e *commissario giudiziale* e determinando a convocação dos credores (artigo 162).

Consoante o artigo 167, uma vez admitida a demanda, o devedor mantém a posse dos bens e a condução da empresa, que deverá exercer sob fiscalização do *comissario giudiziale*, mas não necessariamente a manterá após o deferimento do *concordato*. Para que isso aconteça, é preciso que o plano contenha essa proposta e que o *professionista* ateste não apenas a *veridicità* dos dados da empresa, e a *fattibilità* do plano, mas também que a continuação da empresa sob condução do devedor “è funzionale al miglior

⁵⁸ A lei permite que o plano seja apresentado posteriormente, como ocorre na legislação brasileira: “La dissociazione tra domanda e proposta (e piano) determina la segmentazione della fase che precede l’ammmissione al concordato in due sottofasi: la prima, nella quale entrano in gioco i co. 6-10 dell’art. 161; la seconda – che si apre al momento della presentazione della proposta, del piano e dei documenti che vanno dunque ad integrare il ricorso già presentato -, nella quale **il debitore dichiarerà la misura ed il modo in cui intende soddisfare i creditori concorrenti**”. (ALESSANDRO NIGRO e DANIELLE VATTERMOLI, ob. cit., p. 358 – grifou-se).

soddisfacimento dei creditori” (artigo 186-bis). A esse tipo de concordato a doutrina dá o nome de *concordato preventivo con continuità aziendale*. Vê-se, logo, portanto, que a continuação da empresa sob condução do devedor não é pressuposta, ao contrário do que ocorre na legislação brasileira.

Os atos que excederem a administração ordinária do devedor feitos sem autorização escrita do *giudice delegato* são considerados ineficazes perante os credores anteriores ao *concordato preventivo*. Ao admitir a demanda, o *Tribunale* pode, inclusive estabelecer um limite até o qual os atos possam ser praticados sem necessidade de autorização do *giudice delegato*. Desde a apresentação do pedido até o encerramento do processo, as execuções e ações cautelares sobre bens do devedor ficam suspensas. A aquisição de preferências são ineficazes em relação aos credores sujeitos ao *concordato*, exceto se houver autorização do *giudice delegato*. A hipoteca judiciária inscrita a menos de 90 (noventa) dias da publicação do pedido de *concordato* também é ineficaz perante os credores sujeitos ao *concordato* (artigo 168).

Na sequência, os credores são convocados pelo *comissario giudiziale* por meio de *posta elettronica certificata* ao endereço de posse do devedor ou constante da lista nacional de endereços, contendo o plano, o decreto e a data da assembleia de credores (artigo 171). O *commissario giudiziale* deve fazer o inventário dos bens do devedor (com auxílio de um *stimatore*), uma *relazione*⁶⁰ particularizada sobre o *condordato*, a proposta, as causas da instabilidade (ou crise) e as garantias oferecidas aos credores, os quais devem ser depositados com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência à audiência de julgamento do pedido na secretaria do *Tribunale* (artigo 172). A omissão de bens ou de créditos, ou a pratica atos de endividamento sem autorização do *giudice delegato*, ou qualquer ato de fraude praticado pelo devedor, deve ser comunicada pelo *comissario giudiziale* ao *Tribunale*, Ministério Público e credores, o que pode dar ensejo a um procedimento ao final do qual, presentes os requisitos fáticos e

⁵⁹ Sobre o assunto “*concordati in bianco o con riserva*” vide FRANCESCO D’ANGELO, *Il nuovo volto del concordato preventivo con riserva*, in *Giurisprudenza Commerciale*, Giufré, 41.3, maggio-giugno 2014, I, 494-518.

⁶⁰ Veja-se a nota, abaixo, sobre o parecer motivado do *commissario giudiziale* para o caso de haver oposição de credores ao *concordato*.

jurídicos, se revoga o *decreto di ammissione* e, se presente estado de insolvência se decreta a falência (artigo 173).

Segue-se a reunião de credores (*adunanza*), que é presidida pelo *giudice delegato*, na qual se discutem a proposta (que pode ser alterada até o início dos votos). O *commissario giudiziale* apresenta sua relação de créditos e os credores podem impugnar os valores e classificação dos créditos, além de expor as razões pelas quais entendem inamissível ou inaceitável a *proposta di concordato* (artigos 174 e 175). A proposta é aprovada pela maioria dos credores e, se houver mais de uma classe de credores, se também tiver sido aprovada na maioria delas (artigo 177). O credor que não exercitar o direito de voto e não manifestar em 20 (vinte) dias sua oposição ao plano terá seu crédito computado como favorável ao plano no cálculo da maioria (artigo 178).

Interessantemente, não há atividade jurisdicional acerca da existência, classificação e valor do crédito. O único instrumento de controle está na punição criminal do devedor que, para atingir a maioria, declara créditos inexistentes (artigo 236).⁶¹

Se a maioria não é alcançada, o *giudice delegato* comunica o fato ao *Tribunale*, que deve decretar a falência, caso o devedor esteja insolvente (e não apenas em estado de crise – artigo 5º. Se, entre a admissão do *concordato preventivo* até este momento processual, alterarem-se as condições de *fattibilità* do plano, o *comissario giudiziale* deve dar notícia desse fato aos credores, para que, querendo, possam modificar seu voto (artigo 179) na audiência para julgamento do pedido de *condordato preventivo*.

Nos termos do artigo 180, se se atinge a maioria, o *Tribunale* designa audiência, determinando a intimação do devedor, do *commissario*

⁶¹ Novamente, ALESSANDRO NIGRO e DANIELLE (ob. cit., p. 383): “*Nel concordato preventivo, infine, è totalmente assente la fase di accertamento giudiziale del passivo; non è previsto alcun onere per i creditori anteriori di comunicare il proprio credito ai fini dell’ammissione, e non v’è, conseguentemente, alcuno stato passivo dela procedura. L’elenco dei creditori concorrenti è quello che risulta dai documenti depositati dal debitore ex art. 161, co. 2, lett. b), eventualmente rettificato dal commissario giudiziale, sulla scorta delle scritture contabili a sua disposizione, ex art. 171, co.*

giudiziale e dos credores dissidentes. Até 10 (dez) dias antes da audiência, o *commissario giudiziale* deve apresentar **parere motivato** sobre o *concordato preventivo*.⁶² Podem apresentar oposição à homologação do *concordato* (i) credores que representem 20% dos créditos submetidos à votação (se não houver classe de credores), ou (ii) qualquer credor pertencente a classe que tenha rejeitado o plano (se houver classe de credores).

Se não são apresentadas oposições, o *Tribunale*, verificando a **regularidade do procedimento** e o **êxito da votação**, defere o *concordato* por meio de *decreto d'omologazione*.

Se forem apresentadas oposições, o *Tribunale* deve realizar (i) instrução probatória (inclusive de ofício) e (ii) o **giudizio di convenienza**, podendo, inclusive, **rejeitar o plano (mesmo diante da aprovação da maioria, de que depende a designação de audiência)** e, se houver pedido dos credores ou do Ministério Público, bem como o estado de insolvência do devedor (artigo 5º), decretará a falência.⁶³ No *giudizio di convenienza*, o *Tribunale* homologará o *concordato* se julgar que o valor proposto pelo devedor para pagamento não é inferior àquele que receberia na hipótese de falência.⁶⁴

O *decreto d'omologazione* é apelável (artigo 183) e encerra o processo e deve ser proferido no prazo de 180 (cento e oitenta dias) contados do protocolo do pedido de *concordato preventivo*, o qual o *Tribunale* pode prorrogar apenas mais uma vez por 60 (sessenta) dias (artigo 181).

1. (...) Il creditore escluso dalla lista o ammesso in parte potrà dunque adire l'autorità giudiziaria ordinaria ai fini dell'accertamento del credito, in contraddittorio con il debitore".

⁶² Mais uma vez, ALESSANDRO NIGRO e DANIELLE VATTERMOLI (ob. cit., p. 369): "Di questa relazione costituisce logico sviluppo e complementato il parere motivato che il commissario giudiziale deve depositare in sede di omologazione (art. 180, co. 2) e che – **riguardando sia la legittimità sia il merito del concordato** – è destinato anch'esso a fornire elementi di conoscenza e di valutazione essenziali per la decisione da parte del tribunale (nel caso, va precisato, in cui vengano presentate opposizioni all'omologazione)".

⁶³ Ar. 179: "Il tribunale, **se respinge il concordato**, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui gli articoli 1 e 5, **dichiara il fallimento del debitore**, con separata sentenza, emessa contestualmente al decreto".

⁶⁴ Art. 179: "(...) il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato **in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili**".

Esse é, na essência, a estrutura do *concordato preventivo*. São dignos de nota também (i) o procedimento para liquidação de bens quando o plano prevê sua venda (artigo 182); (ii) a possibilidade de apresentar um plano que contenha proposta de pagamento também dos tributos (artigo 182-ter); (iii) a classificação como *credito prededucibili* em eventual falência do crédito concedido a título de financiamento para execução de *concordato preventivo* (artigo 182-quarter), ou concedido no curso do processo, antes do deferimento do *concordato* (artigo 182-quinquies); (iv) a ineficácia do deferimento do *concordato* em relação a coobrigados, garantidores e obrigados em regresso (artigo 184), (v) o monitoramento da execução do *concordato* pelo *commissario giudiziale*, o qual dever reportar ao *giudice delegato* qualquer fato prejudicial aos credores (artigo 185); (vi) a resolução do *concordato* por inadimplemento (artigo 186); e (vii) a possibilidade de pedir *concordato preventivo* com continuação da empresa sob condução do devedor (artigo 186-bis).

Doutrina e jurisprudência italiana dissentiram durante anos sobre a possibilidade de se realizar *giudizio di fattibilità* sobre o plano (*fattibilità* pode ser traduzida como viabilidade). Perceba-se a preocupação da lei sobre esse juízo. Primeiramente, a viabilidade do plano é deve ser atestada por um *professionista*, juntamente com a veracidade dos dados empresariais e, no caso de o plano propor a continuação da atividade empresarial sob condução do devedor, o juízo sobre ser esse o melhor meio para a satisfação dos créditos, em documento apresentado junto com o plano (artigo 161) e, no caso de faltar com a verdade, poder ser punido criminalmente com reclusão de 2 a 5 anos e multa de 50.000 a 100.000 euros (artigo 236-bis). Depois, deve ser controlada pelo *comissario giudiziale*, caso sobrevenham condições fáticas que façam desaparecer a *fattibilità* (artigo 179). Finalmente, a *fattibilità* do plano deve ser analisada em parecer motivado pelo *commissario giudiziale* (artigo 180).

Dada a formação necessária desses 2 (dois) profissionais, pode-se dizer que os documentos por eles produzidos têm semelhança com parecer técnico. Numa leitura apressada, pode parecer que a análise feita pelo *professionista* seja algo de somenos importância. Não o é. Há todo um roteiro de análise de informações, receitas, despesas, ativo, passivo, clientes, contratos,

faturamento, teste de *stress*, enfim, um sem número de informações técnicas para chegar à conclusão sobre o juízo de *fattibilità*.⁶⁵ Esse juízo recai sobre a **congruência** entre os pagamentos propostos e os meios sugeridos para conseguir realizá-los, em termos de **alta probabilidade**, feito a partir da veracidade dos dados da empresa e considerando os **vários possíveis cenários** em que a atividade empresarial pode se encontrar no futuro.⁶⁶

Aí se encontra uma diferença substancial entre a recuperação judicial brasileira e o *concordato preventivo* italiano. No brasileiro, juntam-se documentos e nenhuma análise técnica é feita, senão e raramente pelos credores, mas apenas conforme queiram. No italiano, um profissional qualificado e certificado, seguindo um meticuloso procedimento, atesta, a partir de todos os dados importantes da empresa e sob penas criminais, se os meios sugeridos (plano) têm alta probabilidade de atingir os fins colimados (proposta).

ROBERTO AMATORE dá conta de 3 (três) hipóteses interpretativas para o poder jurisdicional acerca da viabilidade do plano: (i) a primeira, que dá caráter notarial à atividade jurisdicional no processo, autorizando apenas a verificação da presença e regularidade formal dos documentos, e, portanto, afastando a análise do mérito do processo⁶⁷; (ii) a segunda, com a qual

⁶⁵ Para verificar todos as instruções dadas aos *professionistas* para o *concordato preventivo* e outros instrumentos concursais da *Legge Fallimentare*, leia-se: *Principi di attestazione dei piani di risanamento*, 17.02.2014, documento de 68 páginas disponível em www.accademiaaidea.it/wpaidea/wp-content/uploads/2013/11/Principi-di-attestazione-_GSA-AIDEA.pdf e elaborado à cura AIDEA - *Accademia Italiana Di Economia Aziendale*, IRDCEC - *Istituto di ricerca dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili*, ANDAF - *Associazione Nazionale Direttori Amministrativi e Finanziari*, APRI - *Associazione Professionisti Risanamento Imprese* e OCRI, *Osservatorio Crisi e Risanamento delle Imprese*.

⁶⁶ Veja-se em documento de 70 páginas disponível em www.fdcec.fi.it/attachments/article/134/Guida_operativa_relazioni_art_161_e_160.pdf: *Guida operativa per la redazione delle relazioni art. 161, comma 3, L.F. e art. 160, comma 2, L.F., Fondazione dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Firenze, Cordinatori Alessandro Tortini*, : “*Il giudizio di fattibilità implica necessariamente una valutazione ex ante di natura prospettica e prognostica sulla realizzabilità del piano, sia in ordine agli aspetti quantitativi, sia in relazione alle tempistiche previste. Il professionista dovrà quindi esprimere in termini di ragionevolezza ed alta probabilità (e non di mera possibilità) sulla idoneità giuridica ed economica delle soluzioni prospettate dall'imprenditore nella proposta di concordato a raggiungere gli scopi ivi previsti*”. *Tale giudizio non potrà prescindere dalla valutazione ne della stabilità dei risultati attesi dal piano al variare degli scenari e delle ipotesi operative prese a riferimento. Di particolare importanza sarà pertanto l'effettuazione di un'apposita analisi di sensibilità per verificare la tenuta del piano al mutare delle variabili critiche*”. (grifou-se)

⁶⁷ No extremo, os credores estariam autorizados a aprovar um plano que não seja realizável, ou factível, ou viável, como defende MASSIMO FABIANI: “*Ciò spiega, anche perchè, se si vuole*

concorda, chamada de *filopubblicistica*, segundo a qual a viabilidade do plano tenha de ser analisada na admissão da demanda, na manutenção da viabilidade ao longo do processo e na decisão de homologação do concordato, excluído apenas o juízo de conveniência da proposta concordatária em relação à alternativa falimentar (***convenienza della proposta*** – artigo 179), este, sim, a cargo dos credores, e (iii) a terceira, chamada *intermedia*, em que o tribunal não deva verificar apenas a formalidade dos documentos essenciais, nem deva analisar a viabilidade do plano, mas deva verificar se o documento apresentado pelo *professionista* é inteligível e idôneo a cumprir a função de informar os credores.⁶⁸

A questão do controle da viabilidade do plano pelo judiciário tem provocado intensa discussão na Itália.⁶⁹ Inicialmente, consolidou-se o posicionamento de que o juízo de viabilidade não deveria ser feito pelo Tribunal (*Cassazione, 25 ottobre 2010, n. 21.860*). Decisão posterior considerou que ao

*davvero predicare che la fattibilità pertiene all'accertamento della causa in concreto del concordato (e non della proposta), non si deve dimenticare che la causa del concordato non è il soddisfacimento dei creditori ma la regolazione della crisi ed il soddisfacimento dei creditori è solo un mezzo per regolarla. Il tribunale deve sì valutare se il concordato, nel suo complesso, sia idoneo a regolare la crisi ma ciò non significa affatto che debba intervenire sulla misura del soddisfacimento, **potendo i creditori preferire una soluzione concordataria non realizzabile**". (ob. cit., p. 553 – grifou-se).*

⁶⁸ Dada a relevância da segunda hipótese interpretativa para esta tese, é preciso transcrevê-la: *"Uma seconda (e più convincente) tesi exegetica – che si potrebbe definire filopubblicistica stante il coinvolgimento, anche nella procedura concorsuale minore in esame, di interessi di carattere strettamente pubblicistici nella gestione giudiziale della insolvenza e, a cascata, anche della crisi di impresa – mantiene, invece, in capo al tribunale, dopo le importanti modifiche normative intervenute con il cd decreto correttivo, un ambito di intervento giudiziale di carattere interdittivo in ordine alla valutazione nel merito della fattibilità del piano concordatario, e ciò sia nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo, sia nelle successive fasi di verifica del mantenimento delle condizioni di fattibilità e di omologazione del concordato ex art. 180 legge fallim. **È fatta salva comunque la indiscutibile privarizzazione del giudizio di convenienza della proposta concordataria, la cui valutazione è ora rimessa espresamente dal legislatore al ceto creditorio che si esprime, nei modi previsti dalla legge, in sede di adunanza dei creditori**". (Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo, in *Diritto Fallimentare ed delle Società Commerciali*, v LXXXVII, CEDAM, Padova, gen-feb 2012, n. 1, I, 104/124, p. 107-108).*

⁶⁹ Sobre a existência do debate: *"A meno di dieci anni dall'entrata in vigore della disciplina del nuovo concordato preventivo la Cassazione si pronuncia a Sezioni Unite su uno dei temi che più ha tenuto acceso il dibattito sin dalla riforma del 2005 e che non ha trovato soluzione neanche nei numerosi interventi correttivi del legislatore. La decisione interviene sulla spinosa questione dell'estensione del controllo giudiziale che il tribunale può esercitare sulla proposta di concordato, nelle varie fasi dell'ammissione alla procedura, dell'omologazione e dell'eventuale revoca"* (COSTANZA ALESSI, *Autonomia Privata nel Concordato Preventivo e ruolo del tribunale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, Giufré, 41.3, maggio-giugno 2014, II, 443-457, p. 443-444). Veja-se também nota de rodapé 6, à página 445, com indicação dos autores favoráveis à interpretação de que o Judiciário deva fazer controle sobre a viabilidade do plano.

menos a nulidade de cláusulas do plano deve ser conhecida de ofício (Cassazione, 15 settembre 2011, n. 18.864). Recentemente, avançou-se um pouco na matéria, fixando-se o entendimento de que deve ser feito um juízo sobre a viabilidade jurídica (**fattibilità giuridica**), mas não a viabilidade econômica do plano (**fattibilità economica**), que, assim como o *giudizio di convenienza* (*concordato invece fallimento*), deve ser realizado pelos credores (Cassazione, 23 gennaio 2013, n. 1.521)⁷⁰.

ALESSANDRO NIGRO e DANIELLE VATTERMOLI entendem ter a Corte autorizado apenas um juízo sobre eventual violação do plano a normas cogentes e sobre a completude, coerência e plausibilidade do documento produzido pelo *professionista*.⁷¹ De outro lado, GIUSEPPE TERRANOVA, embora

⁷⁰ Comentando esta decisão, que reformou prévia decisão da Corte d'Appello di Catanzaro, a qual havia mantido decisão do Tribunale di Cosenza, que, por sua vez, havia negado a homologação do concordato, "riconoscendosi un autonomo potere di controllo sulla fattibilità del piano" (ob. cit., p. 445-446) sustentando-se nas críticas feitas ao plano pelo commissario giudiziale no parere motivato, CONSTANZA ALESSI explicou o posicionamento da Corte di Cassazione: "In positivo la fattibilità economica è qualificata dalla massima Corte come valutazione sulla 'prognosi di realizzabilità e dell'attivo nei termini indicati dall'imprenditore'. La valutazione di verosimiglianza dell'esito della proposta (come della convenienza della proposta, che rappresenta però un profilo distinto) è rimessa quindi esclusivamente ai creditori, in quanto valutazione in cui è insito un elevato grado di opinabilità, d'errore e, pertanto, di rischio, del quale il tribunale non può (giustamente) farsi carico, atteso che le conseguenze (eventualmente anche negative) dell'assunzione del rischio ricadranno necessariamente sui creditori. **La Suprema Corte chiarisce che: (i) la realizzabilità economica della proposta, ossia se è verosimile che eseguendo il piano secondo quanto previsto nel concordato si ottengano i risultati ivi prospettati e (ii) la sua convenienza, ossia se la percentuale promessa ai creditori sia più vantaggiosa di quanto gli stessi possono legittimamente aspettarsi di ottenere da una procedura alternativa, sono aspetti che rientrano nello scrutinio esclusivo di questi ultimi.** Alla luce di questa apprezzabile distinzione, le Sezioni Unite pongono comprensibilmente l'accento sull'importanza di una puntuale, piena e completa informazione del ceto creditorio, quale presupposto e quale tassello fondamentale per una adeguata tutela dei creditori. **Nella valutazione della fattibilità economica i creditori possono contare sulla attestazione del professionista e, soprattutto, sulla relazione – questa si certamente imparziale e terza – del commissario giudiziale**". (ob. cit., p. 454 – grifou-se)

⁷¹ Tendo a Corte, portanto, adotado a interpretação intermediária relatada por ROBERTO AMATORE: "Valutare la fattibilità del piano significa entrare nel merito della proposta e questo è da ritenere ormai fuori dal potere del tribunale (questo non significa naturalmente che il tribunale non debba verificarla completezza, la coerenza e la plausibilità della attestazione dell'professionalista in ordine alla fattibilità). (...) In questo senso sembrerebbe, del resto, esserci orientata anche la Corte di Cassazione, che con una importante – sebbene non chiarissima – sentenza, adottata a sezioni unite nel gennaio 2013, ha distinto tra fattibilità econômica e fattibilità giuridica del piano: mentre la valutazione della prima spetterebbe ai soli creditori, **la verifica della seconda, intesa como rispondenza del piano alle norme imperative dell'ordinamento** (nella sentenza si fa l'esempio del piano che prevedesse l'alienazione del bene altrui), **sarebbe rimessa all'autorità giudiziaria**". (ob. cit., p. 361 – grifou-se).

não discorde tenha sido esse o entendimento expresso pela *Corte di Cassazione*, coloca dúvidas sobre se esse é o caminho correto.^{72 73 74 75}

Ao final desta tese, como anexos, encontram-se 4 (quatro) peças reais de *concordato preventivo*: um *decreto di ammissione*, um *parere*

⁷² “Le vere perplessità nascono, però, da altri rilievi, e cioè dal fatto che non siano stati introdotti dei meccanismi più rigorosi per impedire che il <nobile sogno> della continuità aziendale venga coltivato ed inseguito anche quando ne mancano i presupposti. Per rendersi conto di quanto grave e reale sia il pericolo, è sufficiente ricordarsi le esperienze delle amministrazioni straordinarie, nelle quali certi commissari, per dare prova di dinamismo, non si sono fatti scrupolo di riesumare cantieri chiusi da anni, di cedere l'azienda a soggetti più insolventi (se si potesse dire) dell'imprenditore sottoposto alla procedura., o di fingere di gestire un'impresa ancora <viva>, facendo ricorso all'artificio di collocare tutti i dipendenti in cassa integrazione guadagni, e via dicendo. Com questo non si vuol negare che il concordato <in continuità> sia la soluzione più attraente, non solo per motivi di solidarietà sociale (che puré hanno il loro peso), ma anche per il bene inteso interesse dei creditori, che poco hanno da guadagnare da una liquidazione atomistica del patrimonio del debitore. L'intervento di ristrutturazione e di salvataggio deve riguardare; dizei anzi che dovrebbe riguardare (mi scuso per il sarcasmo) le aziende che ancora esistono, e che non siano un mero ricordo o un insieme di capannoni abbandonati”. (Il concordato <con continuità aziendale> e i costi dell'intermediazione giuridica, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, Padova, CEDAM, Gennaio-Febbraio 2013, p. 1-61. p. 25).

⁷³ “Oggi si ritiene di aver trovato la panacea affidando le sorti della procedura ad un <professionista indipendente>, che dovrebbe dire l'ultima parola (stando al tenore letterale delle norme, ma si deve ritenere che il giudice conservi la sua posizione di peritus peritorum) su tutte le questioni d'una qualche rilevanza economica: la verità dei dati contabili di partenza; la convenienza, per i creditori, d'avviarsi sulla strada del concordato; la fattibilità del piano; la ragionevole certezza di poter soddisfare alle scadenze fissate dalla legge tutte le pretese rimaste estranee all'accordo di ristrutturazione; il fatto che certe sopravvenienze possano compromettere il buon esito della procedura; l'esigenza di pagare certi debiti fuori concorso, per non compromettere la continuità aziendale, e via dicendo. Anche qui, solo il tempo dirà se si è imboccata la strada giusta. È appena il caso di osservare, tuttavia, che assistiamo ad una netta inversione di tendenza rispetto alla riforma ‘ Vietti’ perché si è passati da interventi compiuti dalle parti (creditori e debitore) in piena autonomia, a interventi governati dall'autorità giudiziaria, la quale finisce con l'amministrare in tutte le sue fasi – con l'ausilio del predetto ‘professionista indipendente’ – ogni tentativo di salvataggio” (ob. cit., p. 57).

⁷⁴ Do mesmo autor: *La fattibilità del concordato*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Anno CXI, 2013, Piccin, p. 198-221.

⁷⁵ O incômodo de GIUSEPPE TERRANOVA em relação ao entendimento de que não possa haver controle judicial da viabilidade do plano também decorre da dissociação entre o interesse dos credores e o interesse de manutenção na empresa: “Comi si vede, i creditori non vengono qualificati come i nuovi “proprietari” dell'impresa, bensì come dei semplice “possessori”, legittimati a dire la loro nella gestione della crisi, nel quadro delle garanzie offerte dal processo (piuttosto marginali per LIBONATI, più rilevanti nella prospettiva qui suggerita), e sempre distinguendo (come risulta dalla pagina seguente del medesimo scritto) le classi di coloro che sono in grado d'esprimere interessi imprenditoriali (i creditori finanziari), dalle classi di coloro che attendono solo un soddisfacimento in denaro delle loro pretese (lavoratori e fisco). Tutto si muove, dunque, in una prospettiva funzionale, nella quale il mercato ovviamente deve dire la sua, ma senza trascurare le tutele offerte dal processo. L'esperienza di questi ultimi anni induce, forse, ad essere meno ottimisti sulle capacità salvifiche dell'autonomia privata, ma già LIBONATI aveva evitato d'attribuire ai creditori il ruolo di “nuovi padroni del vapore”, ben sapendo che si tratta di una massa composita, nella quale le posizioni delle singole classi sono destinate a diventare sempre più articolate e conflittuali”. (TERRANOVA, Giuseppe. *Le nuove forme di Concordato*. Torino, G. Giappichelli Editore, 2013, p. 112).

*motivato de commissario giudiziale, una relazione del professionista*⁷⁶ e um *decreto d'ommologa*⁷⁷. Neste último, embora mencionando não caber ao *Tribunale* realizar juízo de viabilidade econômica, analisou os fundamentos das oposições apresentadas à luz da razoabilidade do risco imposto aos credores opositores e pela probabilidade de sucesso (não de certeza) do resultado esperado. A dificuldade, sob esse aspecto, está em admitir que realizar um juízo sobre a viabilidade do plano significa apenas estabelecer um grau de probabilidade de os meios propostos atingirem os fins colimados, sem nenhuma pretensão de garantir que isso aconteça.

⁷⁶ Não fossem razoavelmente grandes, com mais de 50 (cinquenta) páginas, juntar-se-ia a íntegra da *relazione di professionista*. Portanto, juntam-se apenas as páginas 1, 35-36, que contêm a conclusão e nas quais o *Dott. Giovanni Castellucci* declara expressamente a *veracità dei dati aziendali* e a *fattibilità del piano* de *Iluna Group S.p.A* (Bergamo, 30.03.2012). A íntegra do documento encontra-se no seguinte endereço eletrônico: http://www.iluna.com/docs/concordato/relazione_ex_articolo_161.pdf

⁷⁷ Leia-se à p. 13 do *decreto d'ommologa* anexo: "**Il controllo del Tribunale, anche alla luce delle opposizioni proposte, va effettuato in termini di ragionevolezza del rischio assunto (anche in relazione alle possibili tutele dei creditori) e probabilità di successo, non di certezza del risultato**". (grifou-se)

X. VISÃO GERAL DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Antes de tratar das questões processuais relevantes do processo de recuperação, é preciso traçar um panorama geral do processo.

A primeira premissa que se deve ter em mente é de que o processo de recuperação objetiva tutelar o direito do empresário (pessoa jurídica ou física) à modificação de suas obrigações com o objetivo de ele supere a crise-econômico financeira e, assim, mantenha sob sua condução (e não de terceiro) a organização dos bens de produção (empresa).

A tutela do devedor é concedida (ou não) mediante processo que tem início com petição inicial em que os fatos constitutivos do direito à modificação das obrigações venham alegados (crise, viabilidade da empresa e viabilidade do plano)⁷⁸, a qual é recebida por uma decisão de deferimento do processamento da recuperação, com suspensão de todas as execuções dos créditos sujeitos à recuperação.

Na outra extremidade, tem-se a sentença que encerra a recuperação e põe fim ao processo, embora ela não seja o mais importante no processo de recuperação. O mais importante no processo de recuperação é a formação do novo título executivo, pelo qual os créditos sujeitos à recuperação serão novados, ao qual a lei dá o nome de “plano de recuperação”. Sabendo, então, que a lei exige a formação de título executivo, logo se conclui pela necessidade de:

- (a) apurar quais credores compõem o pólo ativo das relações jurídicas de direito material lançadas no título executivo;
- (b) apurar qual o valor e classificação de seus créditos; e

⁷⁸ Como o plano pode ser apresentado até 60 (sessenta) dias do processamento, é evidente que essa alegação, ainda que implícita, somente será feita com o plano, em exceção ao regime comum dos processos.

- (c) apurar quem será (ou serão) o(s) devedor(es) que ocupará(ão) o pólo ativo das relações jurídicas de direito material lançadas no título executivo.

Os artigos 50 e 59 estabelecem claramente que o plano é constituído de 2 (duas) partes⁷⁹: (i) uma proposta de alteração das obrigações, que forma a liquidez do pedido (em que extensão as obrigações sujeitas à recuperação serão alteradas) e (ii) um plano que contenha os meios necessários para adimplir as obrigações. Do juízo sobre a capacidade de os meios apresentados atingirem a finalidade desejada (cumprimento das obrigações tais como modificadas) resulta a presença da viabilidade do plano (palavra que, na lei brasileira, engloba a proposta e o plano).

Para alcançar o resultado final da recuperação judicial, a lei previu as seguintes decisões judiciais, que consubstanciam os pilares do procedimento de recuperação judicial: (i) processamento da recuperação (com a principal eficácia de suspensão das execuções de créditos sujeitos à recuperação por 180 dias), (ii) homologação do quadro geral de credores, (iii) o deferimento da recuperação, ou o indeferimento da recuperação, ou o decreto falimentar, ou a extinção do processo sem julgamento do mérito, e, finalmente, (iv) o encerramento da recuperação ou a convalidação da recuperação em falência.

Some-se a essa estrutura 2 (duas) possíveis decisões de muita importância e 2 (dois) elementos de direito material igualmente relevantes. As decisões são: (i) o decreto falimentar para a hipótese de rejeição do plano (embora não seja a única hipótese que autorize a falência) e (ii) o afastamento do devedor da gestão da empresa e/ou de qualquer administrador. Os elementos de direito material são: (i) a venda judicial de ativos sem que tais bens respondam pelo passivo do devedor em recuperação e (ii) a extraconcursalidade, em

⁷⁹ No direito italiano, a distinção está bem clara com o uso de palavras diferentes: proposta e plano, conforme *caput* do artigo 160 da *Legge Fallimentare*: “L’imprenditore che si trova in stato di crisi può **proporre** ai creditori un concordato preventivo sulla base di un **piano** che può prevedere: (...)”; e na alínea “e” do artigo 161 da mesma lei, exigindo a apresentação do plano e da proposta como documentos essenciais da demanda de *concordato preventivo*: “Il debitore deve presentare con il ricorso: (...) e) un **piano** contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della **proposta**”.

eventual falência, dos créditos de fornecedores (de crédito, inclusive) constituídos depois do pedido de recuperação.

É também importante tomar em consideração a atuação, além de devedor, credores e do Judiciário, do administrador judicial, do comitê de credores (que, embora não tenha personalidade jurídica, é dotado de capacidade de agir em juízo quanto a determinados atos) e Ministério Público.

Não se pode perder de vista que todos os direitos envolvidos na recuperação judicial são todos disponíveis, de modo que deve vigorar, na interpretação das normas processuais, **o princípio do dispositivo**. Ao juiz e ao administrador, como auxiliar do juiz, cabem observar a isonomia no tratamento das partes e, quanto ao juiz, o princípio da inércia (salvo as exceções legais expressas).

A recuperação – é bom repetir – não é processo de execução individual, nem é processo de execução coletiva (falência). É processo de conhecimento, mas não de rito ordinário, sumário ou especial. Difere-se de tal maneira do procedimento ordinário, que se enquadra no conceito de processo especial ou diferenciado, moldado de acordo com a relação jurídica de direito material que lhe subjaz.

O objeto do processo não é a reorganização da empresa, ao contrário do que pode parecer à primeira vista. Embora a conclusão possa ser outra, o objeto do processo de recuperação judicial é o direito à modificação das obrigações, reconhecido e exercido pela via da tutela constitutiva, seja pela novação das obrigações. Nesse sentido, os meios de recuperação, que podem conter ou não a reorganização das atividades empresariais, servem apenas para convencer os credores a não determinar a falência do devedor em deliberação assemblear. A assunção, pelo devedor, de obrigação de liquidar ativos e/ou promover qualquer tipo de organização societária e/ou dação em pagamento e/ou injeção de capital etc., é meramente **acidental**. Tanto isso é verdade que, se tais medidas não forem tomadas, mas, mesmo assim, os créditos sujeitos à recuperação forem pagos (por recursos obtidos, por exemplo, de outras fontes,

como o aumento da rentabilidade da empresa ou empréstimo ou aporte de capitais por um novo sócio), os credores não terão interesse processual em executar o plano ou pedir falência com fundamento no seu descumprimento.

Portanto, em síntese e estritamente sob o ponto de vista processual, a recuperação judicial é processo especial de conhecimento que visa a outorga de tutela constitutiva (alteração de obrigações do devedor empresário titular de empresa viável, porém em crise econômico-financeira).

XI. ELEMENTOS DA DEMANDA

Relembre-se que as normas descrevem determinada situação fática e lhes prescrevem eficácia, disso resultando a criação, extinção ou modificação de relação jurídica.⁸⁰ Dentro dessa perspectiva, identificar os elementos da demanda (partes, causa de pedir e pedido) na recuperação judicial exige a prévia análise dos fatos indicados na lei (descrição) em razão dos quais a lei cria/modifica/extingue ou autoriza criar/modificar/extinguir relação jurídica (prescrição).

Os fatos constitutivos do direito à modificação das obrigações são (i) a existência de crise econômico-financeira (que justifique alterar as obrigações do devedor - artigo 47), (ii) a existência de empresa viável (que justifique excepcionar a decisão do mercado – artigo 47) e (iii) a viabilidade do plano (que justifique afastar a falência e manter o devedor na condução da empresa - artigo 53, II). Tem direito à recuperação judicial, portanto, o devedor empresário que esteja em crise, conduza atividade empresarial viável e apresente plano de recuperação viável.⁸¹ Trata-se de causa de pedir composta.⁸²

Nessa ordem de considerações, há determinados fatos cuja presença obstam o direito à modificação das obrigações. Trata-se de fatos impeditivos do direito, que estão previstos nos incisos do artigo 48 e sua ausência, por isso, não precisa ser alegada na inicial.

⁸⁰ Conforme JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, “(...) a *communis opinio* da doutrina universal, inclusive de época contemporânea, afirma que o fato jurídico integra o número central da causa petendi, concebido como fato ocorrido e enquadrável sub specie iuris. O fato essencial, pois, além de constituir objeto da prova, é o pressuposto inafastável da existência do direito submetido à apreciação judicial” (*A Causa Petendi no Processo Civil*, RT, São Paulo, 2ª ed., 2001, p. 153).

⁸¹ Com entendimento diferente, RICARDO NEGRÃO (ob. cit., p. 213, conclusão 15): “A preservação da empresa e seus corolários – preservação da função social e estímulo à atividade econômica – constitui o objeto do pedido de recuperação, formulação da causa de pedir remota, enquanto os demais elementos fáticos do pedido – manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores – são os da causa de pedir próxima”. Discorda-se. No artigo 47 a lei declara as justificativas em razão das quais o direito de propriedade e a força cogente das obrigações jurídicas foi excepcionado pela recuperação judicial. Esses são elementos que caracterizam o interesse difuso na manutenção da empresa. Nada têm a ver com os requisitos fáticos que fazem surgir o direito à modificação das obrigações. E a maior prova disso está em que o devedor possa falir, mas, mesmo assim, a empresa seja mantida, com manutenção da fonte produtora, empregos e atendimento dos interesses dos credores.

⁸² JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (ob. cit., p. 156): “A causa petendi é composta na hipótese em que corresponde a uma pluralidade de fatos individuadores de uma única pretensão”.

Há de se indagar em que consistiria, exatamente, o direito à recuperação judicial. Alguns defendem que se trata do direito a um estado, o *estado de recuperação*. A obrigatoriedade de se acrescentar a expressão “*em recuperação judicial*” ao nome empresarial; a suspensão dos processos que contenham obrigações sujeitas à recuperação e a possibilidade de o “*estado de recuperação*” ser alterado para “*estado falimentar*” conduzem a essa conclusão aparentemente correta. Não é esse, contudo, o caso. O devedor continua desenvolvendo suas atividades, administrando seus bens, criando, modificando e extinguindo relações jurídicas.

A resposta mais acertada decorre da análise dos artigos 59 e 62, segundo os quais a concessão de recuperação judicial resulta na formação de um título executivo judicial que modifica as obrigações do devedor empresário. A tutela outorgada pelo Poder Judiciário ao devedor empresário e também aos credores é, pois, constitutiva.⁸³

O devedor empresário, ao pedir recuperação, não almeja outra coisa senão a superação da crise econômico-financeira, mantendo-se na condução da atividade empresarial, mas isso só ocorre por meio da alteração de suas obrigações (ou ao menos de parte delas). Ainda que o plano de recuperação implique apenas a dilação de prazo para pagamento das obrigações, sem alteração de valor, de multa, de juros, de índice de correção ou de qualquer outro encargo, haverá alteração das obrigações. A alteração só não se observará caso a falência seja decretada, ou quando o pedido seja julgado improcedente, ou ainda quando for reconhecida carência de ação ou ausência de requisito de constituição e desenvolvimento válido do processo.

Interessantemente, trata-se de uma espécie híbrida de direito subjetivo. Não é um direito obrigacional de tipo tradicional, porque não há prestação a ser recebida de outrem pelo seu titular. Também não é um direito

⁸³ Assim já era no regime da concordata, conforme PONTES DE MIRANDA (ob. cit., p. 481 e p. 504): “A sentença que decreta a concordata preventiva é preponderantemente constitutiva” e “A força da sentença de decretação da concordata suspensiva é constitutiva-negativa”.

potestativo, que se impõem à parte contrária pelo preenchimento dos requisitos legais, sem que ela possa resistir, como ocorre, por exemplo, com o direito à declaração de nulidade ou anulação dos atos inválidos. É direito que deriva dos seguintes fatos (i) de crise econômico financeira, (ii) de viabilidade da empresa e (iii) de viabilidade do plano de recuperação. Esses elementos compõem a causa de pedir remota (fatos constitutivos do direito à modificação das obrigações).^{84 85}

A crise e a viabilidade da empresa antecedem o pedido (genérico). A viabilidade do plano, contudo, é fato superveniente, não apenas porque o plano possa ser apresentado no prazo de 60 (sessenta) dias, mas especialmente porque poderá ser alterado em assembleia de credores (com consentimento dos credores – artigo 264 do CPC). Nisso se encontra **uma exceção ao princípio da estabilização da demanda**, também prevista no artigo 462 do CPC, segundo o qual o fato posterior ao pedido, mas constitutivo do direito alegado, deve ser considerado pelo juiz, justamente como ocorre na recuperação judicial. Veja-se que um plano inicialmente apresentado pode ser viável, mas, depois, em razão de alterações, propostas pelo devedor ou por qualquer credor, pode revelar-se inviável. Isso porque a viabilidade do plano decorre do juízo entre a adequação dos meios de recuperação para que o cumprimento das obrigações sujeitas à recuperação, tais como modificadas.

Com clareza: a autorização legal para especificar o pedido posteriormente (extensão da alteração das obrigações), na apresentação do plano, influencia diretamente o último fato integrante da causa de pedir

⁸⁴ JORGE LOBO (ob. cit., p. 208) afirma que: “A ação de recuperação judicial tem por causa petendi a viabilidade econômico-financeira do devedor”. Discorda-se. A causa de pedir é composta dos seguintes fatos: crise, viabilidade da empresa e viabilidade do plano.

⁸⁵ RICARDO NEGRÃO (ob. cit., p. 132 – grifou-se) entende que não existir um direito subjetivo à recuperação: “A relação jurídica que se subordina ao objetivo maior de recuperar empresa em crise econômico-financeira envolve, pois, de um lado, credores que dispõem de títulos suficientes à satisfação de seus créditos, na medida do contrato ou da lei que os criou e a resistência da empresa resumida na pretensão de modificar o valor ou as condições originais de pagamento desses créditos. Não há, portanto, **direito subjetivo ou favor legal à recuperação**, mas conflito de interesses, de forma subordinada ao objeto primário de recuperação, que a lei regulou, incumbindo ao Estado-juiz dar a cada um dos envolvidos o que lhes cabe, segundo fatos e circunstâncias que lhe forem trazidos pelas partes envolvidas”. Discorda-se pois o conteúdo do direito subjetivo é justamente a alteração das obrigações, com novação e formação de título executivo judicial (tutela constitutiva: criação de novas obrigações que substituirão as anteriores). O conflito de interesses é a resistência dos credores em receber, por simples manifestação de vontade (transação), aquilo que o devedor pretende pagar.

(viabilidade do plano). Além disso, a autorização legal para que o pedido seja alterado pelo acordo de vontade do devedor e dos credores (maioria), na assembleia, também implica a alteração do último fato integrante da causa de pedir. É que a viabilidade do plano (um dos itens da causa de pedir, condicionante do direito à modificação das obrigações) decorre do juízo de probabilidade de os meios de recuperação serem capazes de permitir ao devedor o cumprimento das obrigações tais como modificadas (especificação do pedido).

A manifestação de concordância dos credores, seja deixando de apresentar objeção, seja aprovando, segundo os quóruns legais, o plano de recuperação não é fato constitutivo do direito à modificação das obrigações, nem tampouco é mera confissão da veracidade das alegações. Trata-se, em verdade, de reconhecimento da procedência do pedido, como se verá mais adiante.

Todos os itens referidos no artigo 51, a exceção do parágrafo primeiro, referem-se a documentos essenciais que devem ser apresentados com a inicial. A apresentação de documentos essenciais constitui pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo. Está, portanto, fora da causa de pedir. Os documentos referidos no artigo 53 também têm natureza de documentos essenciais, mas sua apresentação é postergada para o momento em que o plano é apresentado. O plano, a rigor, é um aditamento à inicial, porque contém a especificação do pedido (extensão de alteração das obrigações).

Os meios de recuperação integrarão a causa de pedir à medida que servirem para demonstrar a viabilidade da empresa e do plano.

A separação entre os fatos e fundamentos jurídicos, neste trabalho, não teria nenhuma utilidade. Os fundamentos jurídicos são a classificação jurídica dos fatos alegados.⁸⁶ Assim, crise econômico-financeira, viabilidade da empresa e viabilidade da empresa são, a rigor, conceitos jurídicos

⁸⁶ Como ensina JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (*A Causa Petendi*, ob. cit., p. 155): “Inferida da causa de pedir remota, a relação fático-jurídica existente entre as partes, a causa petendi próxima (ou geral) se consubstancia, por sua vez, no enquadramento da situação concreta, narrada in status assertionis, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo, e do qual

de uma série de fatos, respectivamente: impossibilidade de pagamento das obrigações tais como inicialmente constituídas, atividade empresarial capaz de pagar os custos de produção e gerar lucro e capacidade da atividade empresarial, tal como sugerida, gerar excedente capaz de pagar a dívida sujeita à recuperação, tal como se propõe modificá-la.

O pedido mediato é a tutela constitutiva e o pedido imediato é a alteração das obrigações de acordo com o plano de recuperação. A suspensão provisória de algumas execuções é mero efeito processual da decisão de processamento da recuperação judicial. Está, pois, fora do pedido.

O pedido geralmente é formulado com a expressão “seja concedida a recuperação judicial”, o que, contudo, substitui expressão mais técnica consistente em “sejam modificadas as obrigações sujeitas à recuperação (discriminadas em documento essencial) de acordo com o plano anexo, ou que será apresentado no prazo legal, ou que for aprovado em assembleia”. A própria lei usa a primeira expressão e não há motivo para rejeitar seu uso. Perceba-se que pode ser formulado de forma líquida e certa, com a pronta exibição do plano de recuperação, ou formulado de forma genérica, com especificação futura. É a parte da “proposta” do plano, a qual contém as especificações do pedido (extensão de alteração das obrigações).

Finalmente, em relação aos elementos subjetivos da demanda, tem-se que o pólo ativo deve ser ocupado pelo devedor empresário, ou por mais de um devedor empresário, caso estejam presentes os requisitos autorizadores do litisconsórcio ativo, ou quem esteja autorizado a agir em legitimação extraordinária. O pólo passivo pelos credores cujos créditos a lei autoriza e o devedor pretende alterar.

XII. CONDIÇÕES DA AÇÃO

Presentes os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo e as condições da ação, a parte tem direito ao julgamento de mérito. O mérito não é outra coisa senão o pedido, isto é, a tutela (pedido imediato – no caso da recuperação, constitutiva) e o bem da vida (pedido mediato – alteração das obrigações) pleiteados.⁸⁷

As condições da ação, como consabido, são 3 (três): legitimidade de partes, interesse de agir e possibilidade jurídica da demanda.

Demanda juridicamente impossível é aquela vedada em lei⁸⁸. Sublinhe-se que a ausência de requisitos legais para a constituição do direito à recuperação judicial não significa vedação da demanda. Do mesmo modo, a limitação do direito a parte (maior parte, é claro) dos devedores empresários também não significa que a demanda é juridicamente impossível aos demais. Haveria demanda juridicamente impossível para os casos em que, apesar da existência do direito material à recuperação judicial, ele não pudesse ser apreciado pelo Poder Judiciário. Se uma pessoa, natural ou jurídica, pedir recuperação, mas não for empresária, a hipótese é de simples improcedência do pedido.

O interesse de agir desdobra-se nos atributos de adequação e necessidade da tutela requerida. A tutela almejada deve ser adequada à crise da relação jurídica de direito material alegada.⁸⁹ Não é adequado alegar os requisitos do direito a recuperação judicial e pedir a declaração da extinção de todas as obrigações, assim como não é adequado alegar os requisitos do direito à

⁸⁷ Conforme ensina JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE: “Entende-se por julgamento de mérito a resposta dada ao pedido formulado pelo autor. O juiz examina os motivos deduzidos e as provas destinadas a demonstrá-los e, ao final, conclui pela existência ou não do direito afirmado. Ao fazê-lo, profere sentença de mérito, eliminando a crise de direito material. Julgar o mérito significa julgar o pedido deduzido na inicial, acolhendo-o ou rejeitando-o”. (*Efetividade do Processo e Técnica Processual*, Malheiros, São Paulo, 2006, p. 242).

⁸⁸ Vide acórdão do STJ: “Segundo entendimento jurisprudencial e doutrinário, a tese de impossibilidade jurídica do pedido somente deve ser reconhecida quando há expressa vedação do pedido no ordenamento jurídico, o que não ocorre nos autos”. (AgRg no REsp 1191364/DF, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 03/06/2011).

alteração de obrigação excessivamente onerosa e pedir a modificação de todas as obrigações sujeitas a recuperação judicial. A necessidade da tutela (constitutiva) decorre do simples alegação da existência do direito à modificação das obrigações.⁹⁰

Finalmente, a legitimidade das partes decorre da circunstância de as partes da relação jurídica processual coincidirem com as partes da relação jurídica de direito material, ou, não havendo coincidência, a parte processual ter autorização legal para agir em nome próprio na defesa de direito alheio, o que é chamado de legitimação extraordinária.

O devedor empresário é titular alegado direito material à modificação das obrigações e, portanto, tem legitimidade para integrar o polo ativo do processo. Os respectivos credores sujeitos à recuperação, isto é, aqueles cujos créditos tiverem sido constituído antes do protocolo do pedido de recuperação e não se encontrarem nas exceções legais, têm legitimidade passiva. Os credores não sujeitos à recuperação, quer porque se enquadram nas exceções legais, quer porque os créditos foram constituídos depois do pedido de recuperação, quer porque o devedor escolheu não alterar sua obrigação (embora constituída antes do pedido) não têm legitimidade passiva porque não sofrem, em seus patrimônios, eficácia material da decisão de mérito proferida no processo. Se forem citados, deverão ser excluídos do processo.

No projeto de lei que resultou na Lei 11.101/2005, havia previsão de que legitimação para os credores pedirem recuperação judicial. O texto foi corretamente retirado, sob o fundamento de que se tratava de “pedido de falência indireto”.⁹¹ O credor não tem sequer interesse processual para pedir a recuperação judicial. Se quiser, basta transacionar com o devedor, alterando suas

⁸⁹ JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (*A Causa Petendi...*, ob. cit., p. 173).

⁹⁰ JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (*A Causa Petendi*, ob. cit., p. 174): “*Já na ação constitutiva, na qual o autor exerce um direito potestativo, delinea-se imprescindível que, na exposição da causa de pedir remota, venha afirmada a existência do direito à modificação jurídica*”.

⁹¹ Também contrário à ideia de conferir legitimidade aos credores e ao Ministério Público, mas por outro motivo (isto é, por entender que, para não falir, o devedor precisa estar preparado para o processo, o que não seria possível se o pedido fosse formulado pelos credores ou pelo Ministério Público), GERALDO FONSECA DE BARROS NETO (ob. cit., p. 70). A favor da ideia, SHEILA

obrigações. Quanto ao interesse coletivo de manutenção da empresa, também presente na recuperação judicial, o credor não tem legitimidade para defendê-lo. Como admitir, ademais, que o credor tentasse impor ao devedor, contra a vontade deste, a recuperação, tolhendo-lhe o direito de escolher pedir a falência? O Ministério Público, por sua vez, não tem interesse na modificação das obrigações do devedor, nem está constitucionalmente legitimado a intervir na defesa de direitos disponíveis.

Na recuperação judicial, a legitimação extraordinária é possível em ambos os polos. Pessoas autorizadas a pleitear tutela coletiva podem, sem nenhuma estranheza, habilitar créditos no processo de recuperação judicial ou requerer-lhes a exclusão. A legitimação extraordinária no pólo ativo está limitada às hipóteses do artigo 48, parágrafo único, que autoriza peçam recuperação, além do devedor, o cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor ou sócio remanescente e o inventariante (este último não age em legitimação extraordinária, mas como representante do espólio titular da atividade empresarial).

O cônjuge sobrevivente e os herdeiros têm legitimidade extraordinária concorrente para pedir a recuperação do devedor empresário individual ou do devedor “empresa individual de responsabilidade limitada”. Para os devedores com estrutura societária, o contrato ou estatuto social oferecerão os instrumentos de nomeação de novos administradores que possam exprimir a vontade da pessoa jurídica.

O sócio remanescente poderá pedir, em nome próprio, recuperação do devedor pessoa jurídica se não tiver poder de administração e se sua participação no capital social for insuficiente para formar a vontade da sociedade (no caso de haver necessidade, prevista em contrato ou estatuto social, de prévia deliberação dos quotistas ou acionistas para pedir recuperação). Caso tenha poderes de administração, ou caso tenha participação no capital social capaz de formar a vontade da pessoa jurídica, a recuperação será pedida por esta última, sem necessidade de lançar mão da legitimação extraordinária.

Por fim, em relação ao inventariante, não há que se falar em legitimação extraordinária. O inventariante representa o espólio, que é a universalidade de bens deixada pelo falecido. Se o espólio for titular da empresa (caso do empresário individual), pedirá diretamente a recuperação. Se o espólio for titular de quotas ou ações do capital social de pessoa jurídica, exercerá o direito de voto correspondente a tal participação, exprimindo sua vontade pelo inventariante. Quem estiver simplesmente na administração dos bens deixados pelo falecido (sem ter sido nomeado inventariante, portanto) não terá legitimidade extraordinária para pedir recuperação judicial por ausência de autorização legal expressa, como exige o artigo 6º do CPC.

XIII. LITISCONSÓRCIO

O litisconsórcio ocorre quando duas ou mais partes ocupam o mesmo pólo do processo em razão de titularem a mesma relação jurídica de direito material ou relações com algum grau de conexão. A doutrina elege como objetivos do litisconsórcio: (i) evitar decisões contraditórias e (ii) realizar economia processual.

XIII.1. Litisconsórcio passivo na recuperação judicial

O litisconsórcio passivo forma-se entre os credores sujeitos à recuperação. Cumpre indagar se é necessário (por disposição expressa de lei ou pela incindibilidade da relação) ou facultativo.

A dicção do artigo 49, segundo o qual *“Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”*, pode levar à conclusão de que se trata de litisconsórcio necessário por disposição de lei. Todavia, existe a possibilidade de o devedor excluir credores ao não externar pretensão de alterar seus créditos (artigo 45, § 3º). Embora a lei mencione apenas que esses credores apenas não têm direito a voto, a verdade é que eles não têm legitimidade passiva, porque não são afetados pela sentença de mérito (seu crédito não, em nenhum elemento – prestação, objeto prestacional, forma e prazo de pagamento - é alterado). Por isso, devem ser mantido no processo enquanto houver a possibilidade de que seus créditos sejam atingidos (isto é, até a aprovação do plano).⁹²

Aliás, o devedor não tem interesse processual em relação a esse credor. MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO⁹³ entende que esse credor

⁹² Credores podem fazer propostas alterando a extensão da modificação das obrigações incluídas no objeto do processo pelo devedor. Não podem, contudo, alterar os elementos subjetivos da demanda (isto é, propor a alteração de obrigação que o devedor não queira alterar).

⁹³ *“O § 3º estipula, ainda, que apenas tem direito a voto nas deliberações sobre o plano de recuperação o credor cujo crédito vier a ser alterado em seu valor ou nas condições do pagamento. Se o crédito não sofre qualquer alteração, o respectivo credor não tem direito a voto, além de não poder ser computada sua presença para fins de verificação de quórum. No entanto, a este credor é garantido o direito de objeção em pedido de recuperação judicial, na forma do que estabelece o artigo 55. Esta garantia ao direito de objeção é plenamente justificável, tendo em*

tenha interesse na “saúde financeira” do devedor e JORGE LOBO⁹⁴ entende que o interesse pode surgir da diminuição das “garantias gerais” desse credor em razão da previsão de diminuição patrimonial do devedor.

Discorda-se, com toda a vênia, de ambos os renomados autores. O interesse na “saúde financeira do recuperando” é meramente fático, e não jurídico. A posição do credor cujo crédito, embora constituído antes do pedido, o devedor não pretende alterar é idêntica ao do credor tributário. Ele não tem interesse processual na recuperação judicial, mas pode alegar fraude contra credores se o plano implicar não sobrar bens no patrimônio do devedor suficientes para satisfazer seu crédito. Se o interesse citado justificasse objetar o plano, aos credores tributários essa faculdade também teria de ser outorgada.

Quanto à eventual diminuição das garantias, ocorre o seguinte. Se o credor tiver garantia real alterada, sustentará legitimidade processual passiva. Se não tiver garantia real e o plano estipular dar bens em pagamento, de modo que os bens restantes no patrimônio do devedor não sejam suficientes para saldar o crédito, é caso de não deferimento do pedido de recuperação. O interesse processual do credor só surge se, apesar disso (isto é, de cláusula nula

vista que mesmo que seu crédito não sofra qualquer alteração, ainda assim como credor mantém interesse na saúde financeira do recuperando, do que advém seu interesse jurídico e econômico para a objeção”. (ob. cit., p. 141).

⁹⁴ “O credor, que se sentir prejudicado, por considerar que a diminuição de bens do ativo do devedor **desfalca as garantias gerais**, embora não possa votar na assembléia geral, está legitimado a manifestar ao juiz sua objeção ao plano (art. 55, caput)”. (Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, 5ª ed., coord. Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, Saraiva, São Paulo, 2012, p. 165). Discorda-se, data vênia, do autor. Se o credor tiver garantia real alterada, sustentará legitimidade processual passiva. Se não tiver garantia real e o plano estipular dar bens em pagamento, de modo que os bens restantes no patrimônio do devedor não sejam suficientes para saldar o crédito, é caso de não deferimento do pedido de recuperação. O interesse processual do credor só surge se, apesar disso (isto é, de cláusula nula do plano, por violação da norma cogente estabelecida no artigo 159 do CC, a recuperação for deferida, mas, então, os instrumentos de defesa a serem usados serão (i) o recurso de terceiro juridicamente prejudicado (artigo 499, § 1º, do CPC) e (ii) a ação rescisória por terceiro juridicamente prejudicado (artigo 487, II, do CPC). Sobre os remédios do terceiro prejudicado, quer quanto aos efeitos da sentença, quer quanto à imutabilidade de tais efeitos (coisa julgada material) vide JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI em *Limites Objetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil*, RT, São Paulo, 2006, p. 181, item 19.5.2, e p. 189, item 20.2. É preciso, contudo, tomar cuidado com essa avaliação de insolvência, pois o devedor, mantendo apenas a atividade empresarial, sem ser proprietário de nenhum bem corpóreo, consiga gerar recursos suficientes para o pagamento daquele credor não sujeito à recuperação. Imagine-se uma empresa de logística que opere com galpão alugado e caminhões alienados fiduciariamente. Não há bens corpóreos (senão incorpóreos, isto é, contratos, lista de clientes etc.), de modo que a avaliação

do plano, por violação da norma cogente estabelecida no artigo 159 do CC, a recuperação for deferida, mas, então, os instrumentos de defesa a serem usados serão (i) o recurso de terceiro juridicamente prejudicado (artigo 499, § 1º, do CPC) e (ii) a ação rescisória por terceiro juridicamente prejudicado (artigo 487, II, do CPC).⁹⁵ É preciso, contudo, tomar cuidado com essa avaliação de insolvência, pois o devedor, mantendo apenas a atividade empresarial, sem ser proprietário de nenhum bem corpóreo, consiga gerar recursos suficientes para o pagamento daquele credor não sujeito à recuperação. Imagine-se uma empresa de logística que opere com galpão alugado e caminhões alienados fiduciariamente. Não há bens corpóreos (senão incorpóreos, isto é, contratos, lista de clientes etc.), de modo que a avaliação dessa atividade (feita pela capacidade de faturamento) pode impedir (dependendo do seu valor) a caracterização da fraude contra credor.

Há também um outro credor que pode vir a não se sujeitar aos efeitos da decisão de mérito da recuperação. Se determinado credor não for citado, deixando-se de observar o litisconsórcio, o plano de recuperação não poderá lhe atingir, **sob pena de violação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório** (artigo 5º, LIV e LV, da CF). Se o credor não foi citado (e a citação, no processo falimentar, segundo entende o autor desta tese, é feita por carta encaminhada pelo administrador judicial, não valendo como citação ficta pelo edital previsto no artigo 52, § 1º), não pode ficar sujeito aos efeitos do plano, a menos que, tomando conhecimento do processo, aceite dele participar no estado em que se encontrar.

Nesse caso, a sentença será ineficaz em relação ao credor que não participou do processo. Ele ficará, então, livre para cobrar seu crédito pela via da tutela que lhe for adequada, via processo de conhecimento, monitório ou executivo. Poderá, contudo, aderir ao plano de recuperação, se assim preferir, a menos que o plano contemple a dação de pagamento de bens ou a reversão do produto da venda de bens para os credores. Nesse caso, a inclusão de novos

dessa atividade (feita pela capacidade de faturamento) pode impedir (dependendo do seu valor) a caracterização da fraude contra credor.

⁹⁵ Sobre os remédios do terceiro prejudicado, quer quanto aos efeitos da sentença, quer quanto à imutabilidade de tais efeitos (coisa julgada material) *vide* JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI em *Limites Objetivos...* (ob. cit., p. 181, item 19.5.2, e p. 189, item 20.2).

créditos pode implicar o recebimento de menos bens pelos demais credores e, por isso, somente a concordância dos outros devedores autorizaria que o credor não citado se sujeitasse aos efeitos da recuperação.⁹⁶

XIII.2. Litisconsórcio ativo na recuperação judicial

O litisconsórcio ativo suscita dúvidas maiores. Poderiam 2 (dois) devedores pedir, no mesmo processo, a modificação de suas obrigações em razão de crise econômico-financeira e viabilidade de suas respectivas empresas?

Afaste-se, inicialmente, a hipótese de litisconsórcio necessário. Não há disposição legal que o determine, nem há incindibilidade das relações jurídicas havidas entre cada devedor e seus respectivos credores. As relações jurídicas, aqui, não são as de crédito e débito, mas, sim, as que contêm o direito à modificação daquelas relações de crédito e débito.

O litisconsórcio é, pois, facultativo. A hipótese de comunhão do mesmo direito (artigo 46, I, do CPC) não se verifica porque cada devedor tem direito subjetivo próprio à modificação de suas obrigações. A hipótese de comunhão das mesmas obrigações (artigo 46, I, do CPC) também não é possível porque a relação jurídica de direito material que subjaz ao processo consiste no direito à modificação das obrigações, e não nas relações creditícias havidas entre cada devedor e seus respectivos credores. Assim, ainda que os litisconsortes ativos fossem codevedores solidários dos mesmos credores, o litisconsórcio não seria possível sob esse fundamento.

A hipótese de igualdade de completa de causa de pedir (artigo 46, II, do CPC) também não admite o litisconsórcio ativo na recuperação judicial.

⁹⁶ Por exemplo, se o plano de recuperação propõem pagar R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) com a dação de 1 (um) imóvel no valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) para todos eles, a aderência de mais um credor ao plano de recuperação com crédito de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) implicará diminuição da fração ideal recebida por cada credor e um desconto superior àquele que os credores, no momento da deliberação assemblear, ou ao deixarem de objetar o plano, concordaram em conceder.

Cada empresa é diferente e vive uma crise diferente, de tal modo que a viabilidade do plano de uma não se confunde com a viabilidade do plano da outra.

O pedido nunca será o mesmo porque as obrigações de cada devedor são diversas. Somente haveria a possibilidade de litisconsórcio nessa hipótese no caso (cerebrino e faticamente improvável) de os litisconsortes ativos forem codevedores solidários de todas as obrigações, sem exceção de nenhuma, e pretendam a alteração de todas elas exatamente da mesma forma.

Alegando-se igualdade de causa de pedir, o litisconsórcio ativo também não é possível. Cada devedor enfrenta uma determinada crise econômico-financeira específica, que se analisa pela quantidade e valores das obrigações, pelo ativo do devedor, pelos custos e excedentes gerados (ou não). Diga-se o mesmo a respeito da viabilidade da empresa titulada por cada credor e da viabilidade do plano que cada uma apresentará.⁹⁷

Resta, então, a hipótese de litisconsórcio por afinidade de questões por **um ponto comum de fato ou de direito** (artigo 46, IV, do CPC). Essa é, enfim, a hipótese legal que autoriza o litisconsórcio ativo na recuperação judicial.

Que ponto comum é esse? RICARDO BRITO COSTA⁹⁸ e GERALDO FONSECA DE BARROS NETO⁹⁹ julgam que o ponto comum seja o fato de os devedores integrarem o mesmo grupo econômico (de fato ou de direito). Discorda-se, contudo. O ponto comum de fato ou de direito não consiste na circunstância acidental de os devedores pertencerem ao mesmo grupo

⁹⁷ PAULO F. C. SALLES DE TOLEDO, em parecer, primeiramente, (i) destacou a independência das obrigações das sociedades dos grupos de fato e dos grupos de direito, (ii) admitiu o litisconsórcio por conexão (identidade de pedido ou causa de pedir, hipótese do artigo 46, III, portanto – p. 349, nota 25) e (iii) julgou ser necessário que a deliberação assemblear seja feita separadamente, considerando os votos dos credores de cada devedor para a deliberação de cada plano apresentado, sem que os credores de um votasse no plano do outro (*Recuperação Judicial de Grupo de Empresas*, in *Temas de Direito Empresarial em Homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*, coord. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira von Adamek, Malheiros, São Paulo, 2014, p. 336-357.

⁹⁸ *Recuperação Judicial: é possível o litisconsórcio ativo?* Revista do Advogado, São Paulo, v. 29, n. 105, set. 09, p. 174-83.

⁹⁹ Ob. cit., p. 72-73.

econômico. **Isso é irrelevante porque não integra a causa de pedir do pedido de recuperação judicial.** O ponto comum pode ser encontrado na viabilidade das empresas e dos planos, que constituem um dos itens da causa de pedir.

Basta imaginar que determinado produto final dependa da atuação conjunta de 2 (dois) ou mais devedores. Imagine-se, ainda, a hipótese em que 2 (dois) devedores concorrentes caiam em crise-econômica financeira e concluem pela viabilidade de ambas as empresas e dos planos apenas pela fusão e a modificação de obrigações de ambas. Evidentemente, a petição inicial será apta se todos os litisconsortes alegarem suas respectivas crises econômico-financeiras, viabilidade de suas respectivas empresas e de seus respectivos planos. Os respectivos pedidos só serão julgados procedentes se tais requisitos forem comprovados em relação a cada um dos litisconsortes ativos. Se um devedor não enfrenta crise, pode adquirir o estabelecimento comercial do outro, total ou parcialmente, sem que, contudo, tenha direito à modificação de suas obrigações.¹⁰⁰

Devedores de um mesmo grupo econômico, mesmo que tenham caído em crise, podem titular empresas viáveis totalmente independentes entre si. Não haverá, então, nenhum ponto comum de fato ou de direito (integrante da causa de pedir) capaz de autorizar o litisconsórcio.

Em qualquer situação, será preciso respeitar a legitimidade passiva, de tal modo que os credores de cada litisconsorte votem apenas em relação à parte do plano que diga respeito aos seus respectivos créditos.

Além disso, o litisconsórcio ativo ulterior é, sim, possível, bastando, para tanto, que os credores do(s) devedor(es) que já se encontrar(em) no pólo ativo concordem, em assembleia, com a introdução do novo litisconsorte

¹⁰⁰ “De acrescentar-se que a lei ainda permite o litisconsórcio, denominado impróprio, na circunstância de ‘ocorrer afinidade e questões por um ponto comum de fato ou de direito’ art. 46, IV), não havendo aí qualquer espécie de conexão... Como bem observa Fernanda Dal Posso, a locução ‘afinidade de questões por um ponto comum de fato’ corresponde, por outras palavras, a questões de fato semelhantes (‘isto é, fatos diversos no tempo e no espaço, mas parecidos’) e afins, ‘porque redutíveis a um quesito de fato único (comum)’ (...).”(JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *A Causa Petendi...*, ob. cit., p. 216).

no processo. O juiz, obviamente, só deferirá o litisconsórcio se estiver presente o ponto comum de fato antes referido. Será preciso, obviamente, permitir que se desenrole a fase de formação da relação de credores e que se apresente plano de recuperação para o novo litisconsorte.

XIV. OBJEÇÃO AO PLANO (E CONTESTAÇÃO?)

JORGE LOBO entende que o pedido de recuperação possa ser impugnado pela via da contestação, invocando, como justificativa, os direitos de petição, à inafastabilidade do Poder Judiciário, à ampla defesa e ao contraditório.¹⁰¹ A lei, contudo, não prevê a possibilidade de praticar esse ato processual. O ato processual previsto para que o credor externar sua contrariedade é a objeção ao plano de recuperação (artigo 55).

Não se pode ignorar os direitos processuais (de força hierárquica constitucional) citados por JORGE LOBO. A questão é saber o que se mostra mais adequado: admitir a contestação, ou permitir que a matéria relativa à contestação seja introduzida no processo pela objeção o plano de recuperação.

Mais adequada parece ser a segunda opção. Primeiramente porque os devedores não são intimados para contestar, nem pelo edital (artigo 52, § 1º, III), nem pela correspondência do administrador judicial (artigo 22). Segundo porque, de fato, a lei não prevê o ato processual da contestação. Terceiro (e aqui, sim, o principal argumento), porque, além de discutir a matéria processual (a qual, aliás, pode ser deduzida por simples petição, uma vez que, sendo de ordem pública, a questão deve ser conhecida de ofício), o credor tratará das questões de direito material, isto é, das alegações de fato constitutivas do direito à modificação das obrigações (crise econômico-financeira, viabilidade da empresa e viabilidade do plano) e dos fatos impeditivos de tal direito (matéria do artigo 48), **em prazo maior** e com base em um **conjunto maior de informações**.

De fato, se os credores tivessem de contestar o pedido no prazo de 15 (quinze) dias da intimação por edital ou (citação) por correspondência do administrador, teriam de, nesse curto prazo, impugnar as alegações de crise econômico-financeira e viabilidade da empresa apenas com base nos documentos previstos nos incisos II a IX do artigo 51. Não são poucos documentos. Se os credores puderem fazer a impugnação pela objeção (além do

¹⁰¹ Ob. cit., p. 199.

prazo mais longo¹⁰², condizente com a complexidade da matéria que tem de ser analisada e com o volume de documentos a serem lidos), poderão analisar a viabilidade da empresa à luz de mais 3 (três) documentos importantíssimos: (i) o plano de recuperação, (ii) laudo econômico-financeiro, e (iii) laudo de avaliação dos ativos do devedor, além de todos aqueles documentos essenciais apresentados com o pedido de recuperação.¹⁰³

Além disso, os credores disporão de prazo para produzir coletar documentos e produzir pareceres técnicos (para contradizer aqueles apresentados pelo devedor). Com um número maior de informações e numa só decisão (o deferimento ou indeferimento da recuperação), o juiz avaliará se deve ou não conceder a recuperação (com mais informações e diante do exercício do contraditório). Fará, então, juízo de mérito, o qual, pela excepcionalidade da lei (artigo 63), não implicará a extinção do processo.

É de se notar que a lei não exige fundamentação para a oposição. A doutrina diverge sobre a necessidade de fundamentação da objeção¹⁰⁴. *Ex vi legis*, a simples oposição, ainda que desmotivada, gera a necessidade de assembleia. No quadro atual, a ausência de objeção significa o reconhecimento da procedência do pedido.

Dado o interesse coletivo na manutenção de empresa viável, quer sob condução de novo empresário, quer sob a condução de um devedor

¹⁰² Prazo de 30 (trinta) dias da publicação da segunda lista de credores (preparada pelo administrador judicial, após o julgamento das habilitações de crédito), ou 30 dias da publicação do edital de aviso da apresentação do plano de recuperação, caso este seja publicado depois daquele (artigos 53 e 55).

¹⁰³ Sobre a importância, na recuperação, de informações do devedor, vide “*Transparência e Divulgação de Informações nos Casos de Recuperação Judicial de Empresas*” (EMANUELLE URBANO MAFFIOLETTI e SHEILA CHRISTINA NEDER CEREZETTI, in *Direito Recuperacional, Aspectos Teóricos e Práticos*, v. 2, coord. Newton de Lucca et alii, Quartier Latin, São Paulo, 2012, p. 79-105).

¹⁰⁴ Por todos, MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO (ob. cit., p. 176): “*Há entendimentos divergentes sobre a objeção poder ser ‘vazia’ ou dever necessariamente ser ‘cheia’. (...) Dentro de um estado normal de concorrência entre sociedades empresárias, parece não se justificar a obrigação de fundamentar a objeção, até porque, como fundamento, bastaria ao credor dizer que não pode concordar com a dilação apresentada no plano sob pena de ele próprio, credor, vir a ficar em situação de crise*”. Todavia, dizer se concorda ou não com a proposta de novas obrigações é de somenos importância. Mais importante é discutir se os meios oferecidos são capazes de gerar o necessário para pagar as obrigações tais como o devedor propõe sejam alteradas.

obrigado por um plano também viável, a ausência completa de objeções não conduz ao acolhimento do pedido. Somente a presença dos fatos constitutivos do direito à modificação das obrigações, certificada pelo exercício do livre convencimento racional e motivado, autoriza acolhê-lo.¹⁰⁵

A defesa na oposição, de qualquer maneira, pode e deve ser articulada (querendo o credor) com os seguintes pontos, à luz da prova documental até então produzida pelo devedor:

- (i) alegações referentes às condições da ação e pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo (embora elas possam ser apresentadas por simples petição a qualquer momento) atinentes ao direito à modificação das obrigações, e não ao crédito titulado pelo credor opositor;
- (ii) negar os fatos constitutivos do direito (do qual decorrem a crise e a viabilidade da empresa e do plano) e, se o caso, opor fatos impeditivos (artigo 48);
- (iii) juízo sobre a conveniência da falência em relação à recuperação judicial (entendimento de que o credor receberá mais com a venda de toda a empresa, das filiais separadamente, dos bens em bloco ou dos bens isoladamente, conforme decidir o mercado nos leilões, do que ganharia na recuperação judicial);
- (iv) alegações sobre nulidade de cláusulas do plano por violarem normas cogentes de direito material ou processual.

Quanto ao item (ii), a ausência de negativa dos fatos alegados conduz à confissão da matéria fática. Todavia, isso não conduz à procedência do pedido. Primeiro porque o plano pode ser alterado até a assembleia (o que altera o elemento fático da viabilidade do plano). Segundo porque pendente o juízo dos credores a respeito da falência do devedor (juízo de conveniência). Terceiro

¹⁰⁵ Veja-se, mais adiante, o Capítulo chamado “Juízo de Mérito na Recuperação Judicial”.

porque, decidindo os credores pela manutenção da atividade empresarial sob a condução do devedor, a presença dos requisitos do direito à modificação das obrigações deva ser avaliada pelo juiz no exercício da jurisdição sobre a matéria. O assunto é aprofundado mais adiante, no capítulo sobre o juízo de mérito na recuperação judicial.

Quanto ao item (iv) as alegações são preventivas, porque o plano poderá ser alterado até a assembleia e inclusive nela.

XV. ATIVIDADE PROBATÓRIA

Na recuperação judicial, o objeto de cognição do juiz deve desenvolver-se em duas frentes: (i) em relação à existência, valor e classificação dos créditos impugnados, se houver impugnação, e (ii) em relação aos fatos constitutivos, impeditivos e extintivos do direito à modificação das obrigações do devedor.

Geralmente, os credores concentram seus esforços na atividade probatória voltada à composição do quadro-geral de credores (inclusive retificação). Essa frente não demanda altas indagações porque engloba todos os meios de produção de prova e contém regramento detalhado, com previsão de produção todos os meios de prova previstos na lei processual (prova documental, parecer do administrador (e auxiliar contador, se houver), pericial e oral (artigo 15). Cumpre apenas anotar que, o entendimento do STJ no sentido de fixar honorários de sucumbência nos incidentes de impugnação (do que se tratará adiante, em capítulo específico) desencorajou fortemente a iniciativa fiscalizatória dos credores.

Interessantemente, pouca ou nenhuma atenção é dispensada aos requisitos fáticos dos quais decorre o direito à alteração das obrigações. Diferentemente de outros sistemas, em que é obrigatória a apresentação de uma análise técnica aos credores, a apreciação dos documentos e outras informações sobre o devedor, sua atividade empresarial e seus bens incumbe exclusivamente aos devedores.¹⁰⁶

Nessa frente de atividade probatória, o devedor produz prova documental com a petição inicial e com o aditamento (plano), exibindo uma série

¹⁰⁶ Segundo RICARDO NEGRÃO (ob. cit., p. 157): “É de concluir, nesse aspecto, que a lei brasileira não incentiva o fornecimento de adequada informação aos credores que, se desejarem aprofunda-se no exame da situação econômico-financeira do devedor e da viabilidade de seu plano de recuperação, somente o farão com elevados custos individuais” (veja-se também as conclusões 20 e 21, à p. 214). A lei exige que os documentos sejam apresentados, mas não exige que sejam avaliados por um profissional que detenha os conhecimentos pertinentes a tanto, ao contrário do que ocorre no direito italiano, dada a necessidade de se apresentar declaração, assinada por profissional habilitado e certificado, que ateste a veracidade das informações e a viabilidade do plano.

de documentos essenciais No prazo para apresentar objeção, os credores podem apresentar suas razões de defesa e, nessa oportunidade, fazê-las acompanhar prova documental e técnica, pela juntada de parecer técnico que, com base nos documentos apresentados, avalie a existência de crise, viabilidade da empresa e do plano. Em que pese não se tratar (o parecer) de prova pericial, deverá ser valorada, no mínimo, como parecer de assistente técnico, considerando os conhecimentos técnicos e o renome do profissional que a tiver assinado. Afinal, não se pode perder de vista que a análise dessas questões envolve não apenas conhecimentos jurídicos, mas também (e sobretudo) conhecimentos nas áreas de contabilidade, administração e negócios empresariais. Os juízes e advogados não – via de regra – especializados nesses assuntos e, por isso, precisam do auxílio de profissionais dessas áreas.

Se, no momento de acolher ou rejeitar o pedido, o juiz não tiver formado seu convencimento à luz dos documentos (e, eventualmente, pareceres) apresentados, poderá lançar mão da prova pericial e, se preciso for, até da inspeção judicial, para verificar os elementos fáticos constitutivos pertinentes.¹⁰⁷ Antes de nomear perito ou ao invés de fazê-lo, o juiz poderá determinar que o administrador e seus auxiliares (se existirem) apresentem parecer sobre os pontos em relação aos quais houver dúvida, facultando o contraditório ao devedor e aos credores.

Esse procedimento, que deve ser adotado em razão do necessário exercício da jurisdição, tutela a minoria dissidente e a minoria ausente (não aquela que foi está sob contraditório e escolheu não participar da assembleia, mas aquela que foi inconstitucionalmente citada por publicação de

¹⁰⁷ É bem aceita a doutrina segundo a qual o juiz tem o poder de produzir provas. Nesse sentido, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE: *“Por tudo, conclui-se que a prova pertence a todos os que participam da relação processual: às partes, porque procuram demonstrar os fatos favoráveis aos seus interesses. Ao juiz, pois através da prova se alcança o escopo do processo. E sua atividade não implica apenas a determinar toda prova que entenda necessária à formação do seu convencimento, mas inclui também o poder de interferir na produção da prova requerida pelas partes, tudo para alcançar os objetivos do processo”*. (*Poderes instrutórios do juiz*, 2ª ed., RT, São Paulo, 1994, p. 110). Com a devida *venia*, considerando o princípio do dispositivo e a representação das partes por advogados, o juiz não deve produzir prova, sob pena de violar o dever de tratamento isonômico entre as partes. Todavia, em casos nos quais exista interesse coletivo (como é o caso da recuperação, em que existe o direito difuso de manutenção da empresa), o poder instrutório deve ser exercido, mesmo que o encarregado pela lei para defender tais interesses (Ministério Público) não o requeira.

edital sem que estivesse em lugar incerto ou não sabido), e, sobretudo, tutela o interesse coletivo (e difuso) à manutenção da empresa viável sob a condução de um devedor titular de um plano de recuperação também viável.

Por isso, mesmo que não haja nenhuma objeção, ou então em que, apesar de objeção, haja aprovação pela integralidade dos credores (todos os credores, e não apenas os presentes – hipótese cerebrina, porém possível), remanescerá a necessidade de exercer jurisdição com vistas à tutela do direito coletivo envolvido.

XVI. PODERES, ÔNUS, DIREITOS E DEVERES DAS PARTES

XVI.1. ESTADO-JUIZ

A jurisdição é exercida no processo de recuperação judicial por meio de 7 (sete) principais decisões, as quais são aqui mencionados na ordem de desenvolvimento do processo, sem pretensão de estabelecer relação de importância entre eles. Segundo o procedimento da recuperação judicial, o juiz: (i) defere ou não o processamento da recuperação, (ii) julga as impugnações de crédito e ações de retificação de quadro-geral de credores, (iii) concede ou não a recuperação, (iv) convola ou não a recuperação em falência, (v) substitui os administradores ou afasta o devedor das atividades empresariais e (vii) encerra a recuperação, extinguindo o processo.

Mais adiante, neste trabalho, analisam-se as principais decisões do processo de recuperação, de modo que é desnecessário repetir o conteúdo. É, todavia, importante colocar em evidência qual tipo de atividade jurisdicional determina a lei.

Duas opções são possíveis: ou bem se entende que a atividade jurisdicional deva ser passiva, homologatória, notarial, próxima à jurisdição voluntária; ou bem se entende que a atividade jurisdicional deva ser aquela semelhante à desempenhada noutros processos de conhecimento, com verificação das condições da ação, dos requisitos de constituição do processo e, sobretudo, do mérito, com controle dos fatos constitutivos do direito material subjacente ao processo. Isso tem relevância prática importantíssima porque o comum, atualmente, é que a recuperação judicial seja deferida apenas porque os credores aprovaram o plano de recuperação, sem nenhuma análise sobre a existência de crise, viabilidade de empresa ou viabilidade do plano.

Neste trabalho, advoga-se claramente a tese de que a segunda opção corresponde à interpretação correta do ordenamento jurídico. Poder-se-ia declinar apenas 2 (dois) argumentos formais: (i) há um processo de conhecimento

que, portanto, deve respeitar as normas a ele relativas no CPC (que prevê mérito e julgamento de mérito) e (ii) o artigo 58, que condiciona a concessão da recuperação às exigências da lei (*“Cumpridas as exigências desta Lei”...*), conjugado com o artigo 47 e 53.

Só isso já bastaria. Contudo, não é o principal.

O principal é que a recuperação judicial é exceção (relembre-se o poder decisório do consumidor, agente soberano na economia de mercado) e como tal deve ser tratada. Nem todas as empresas devem ser mantidas; somente as viáveis. E de que adianta uma empresa viável se ela não produzir o excedente necessário para pagar o passivo acumulado pelo devedor? De nada, a não ser frustrar os objetivos da lei. Há, de fato, um interesse coletivo na manutenção da empresa viável, mas ela pode ser conduzida por outro empresário. Mantê-la sob condução de um devedor que não apresente um plano viável pode corroborar para a extinção da atividade empresarial, e não para sua manutenção.

Se for permitida uma alegoria, pode-se dizer que deferir a recuperação de empresa inviável e/ou sem plano viável representa manter vivo, por aparelhos, um indivíduo cujo estado de saúde é irreversível e cuja morte, portanto, é certa. A consequência não será outra senão a ruína lenta do indivíduo, com a paulatina falência de todos os seus órgãos, os quais, quando sadios, poderiam ter sido aproveitados em outros indivíduos caso não se tentasse, inutilmente, manter vivo o indivíduo moribundo.

Isso sem considerar o imperativo ético (e legal) de não compactuar com a fraude, a simulação o enriquecimento sem causa, permitindo alteração das obrigações em que o devedor esteja em crise. Nesse sentido, considere-se a possibilidade de o devedor pode escolher credores e endividar-se de propósito exclusivamente para impor forte diminuição do valor da dívida exclusivamente para se enriquecer.

O próprio índice de recuperações convoladas em falência é prova de que, se houvesse controle do mérito, menos recuperações teriam sido deferidas. Conseqüentemente, menos prejuízo teriam sofrido os credores (de fato, a convolação da recuperação em falência é – via de regra – ruim, porque a manutenção de atividade empresarial conduz ao aumento da dívida) e, sobretudo, menos empresas teriam se perdido.

XVI.2. MINISTÉRIO PÚBLICO

A atuação do Ministério Público está limitada pelos artigos 127 e 129 da Constituição Federal. Qualquer atuação fora desses limites implica nulidade dos atos praticados e desvio de finalidade.

O artigo 4º estipulava que o Ministério Público interviria em **todos** os atos processos de recuperação judicial. Contudo, foi **corretamente** vetado. No pertinente à recuperação judicial, fundamentou-se o veto na previsão de intimação do Ministério Público acerca do deferimento do processamento da recuperação judicial (artigo 52). A lei, além disso, previu a possibilidade de o Ministério Público (i) impugnar a segunda relação e o quadro-geral de credores (artigo 8º e artigo 19), (ii) pedir substituição de administrador judicial ou membro do comitê de credores (artigo 30, § 2º) e (iii) recorrer da decisão que concede recuperação judicial (artigo 59, § 2º). A lei não contém mais nenhuma referência à atuação do Ministério Público na recuperação judicial.

Apesar de a lei não ter feito a atribuição correta e completa, a identificação dos interesses envolvidos na recuperação judicial estabelece o critério norteador da atuação do Ministério Público.

Nas situações que envolvam interesses dos credores e interesse do devedor, não haverá justificativa constitucional para intervenção do Ministério Público. De fato, em questões relativas a direitos disponíveis, como é o caso inclusive dos créditos trabalhistas¹⁰⁸, não há justificativa para empreender o

¹⁰⁸ É salutar que conste o seguinte texto do site do Ministério Público do Trabalho: “O Ministério Público do Trabalho tem atribuição para atuar em situação de desrespeito aos direitos difusos,

dinheiro público que mantém a instituição (de titularidade de todos, portanto) a fim de que ela defenda determinados particulares. Mesmo se estiver presente interesse do fisco, não haverá legitimidade, por falta de autorização constitucional, para intervenção do Ministério Público. Por tudo isso, as disposições do artigo 8º e 19 relativas à intervenção do Ministério Público em incidentes, recursos e ações que se refiram à formação do quadro de credores são inconstitucionais. O Ministério Público também não pode intervir nas ações e execuções movidas pelos credores contra o devedor, ou naquelas movidas pelo devedor contra seus próprios devedores, nem nos concursos que se estabelecerem em disputa de bens do patrimônio do devedor.

De outro lado, quando estiver em pauta o interesse coletivo da manutenção da empresa, a intervenção o Ministério Público justificar-se-á por expreso comando constitucional. Na recuperação judicial, portanto, o Ministério Público deve atuar **exclusivamente no que tocar ao interesse de manutenção da empresa**, dado o interesse coletivo incidente. Por óbvio, não deve defender a manutenção da empresa se ela for viável e defender a manutenção da empresa sob condução do devedor se o plano aprovado também for viável.

Disso se conclui que o Ministério Público tem legitimidade para recorrer da decisão que defere ou indefere o processamento da recuperação (especialmente para controlar as condições da ação e os requisitos processuais), da decisão que defere ou indefere a recuperação (especialmente para controlar a validade da deliberação assemblear, a validade das cláusulas do plano e, sobretudo, a presença dos fatos constitutivos do direito e a ausência dos fatos impeditivos e extintivos do mesmo direito)¹⁰⁹, da decisão que convola a

coletivos, e individuais homogêneos de relevante valor social, no campo das relações de trabalho. Existem situações em que o Ministério Público do Trabalho atua na defesa de direitos, mesmo individuais, como é o caso de ações necessárias à defesa dos direitos e interesses dos menores, incapazes e índios, decorrentes das relações do trabalho. Contudo, em geral, os interesses individuais disponíveis, como por exemplo, interesses patrimoniais de pessoas capazes no campo das relações de trabalho, não podem ser defendidos pelo Ministério Público do Trabalho". <http://portal.mpt.gov.br>, acessado em 12.09.2014.

¹⁰⁹ Em sentido contrário e invocando o acórdão do AI 500.624-4/8-00 (TJSP): GERALDO FONSECA DE BARROS NETO (ob. cit., p. 67): “Frise-se, todavia, que não cabe ao Ministério Público opinar sobre a viabilidade da empresa ou sobre o conteúdo econômico do plano de recuperação. A atuação ministerial limita-se ao controle de legalidade”.

recuperação em falência e da decisão que afasta a empresa da condução do devedor.

XVI.3. ADMINISTRADOR JUDICIAL

O administrador judicial, pessoa física ou jurídica (artigo 21), é auxiliar do juízo.

A primeira função do administrador judicial é encaminhar notificação aos credores da primeira lista apresentada pelo credor. Conforme se viu anteriormente, a notificação deve equivaler à citação dos credores.

A segunda atribuição do administrador é julgar as habilitações de crédito para elaborar a segunda relação de credores. Para tanto, o administrador judicial deve não apenas tomar conhecimento das habilitações de crédito que forem apresentadas, mas também verificar, nos documentos de posse do devedor, se há lastro para cada um dos créditos lançados pelo devedor na primeira lista de credores, como está claro no artigo 7º, *caput*: “a verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial com base **nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor** (...)”.

O administrador deve ter acesso a tais documentos e manter cópia consigo, justamente para que, em cumprimento ao artigo, § 2º, possa exibí-los aos demais credores, de modo que eles possam apresentar impugnações a tais créditos. Se o administrador, no curso do prazo para impugnação, não tiver tais documentos, o poder fiscalizatório dos credores fica muito mitigado, porque a impugnação depende do acesso aos documentos constitutivos do crédito. O que se observa no cotidiano forense é que o administrador judicial dispõe somente dos documentos de créditos objeto de habilitações. Ao credor que queira conferir os créditos, resta a possibilidade de pedir a exibição de todos os documentos, ou supor que algum deles tenha sido fraudulentamente inserido na primeira lista, para impugnar às cegas, correndo o risco da sucumbência.¹¹⁰ Não é esse,

¹¹⁰ Embora, ao contrário do que entende o STJ, não devesse haver condenação, dado tratar-se de incidente processual.

obviamente, o espírito da lei. Assim, se no dia, local e horário designado pelo administrador, os documentos constitutivos de qualquer crédito listado pelo devedor não estiverem disponíveis, o prazo para impugnação de tal crédito deverá transcorrer apenas após garantido o acesso os documentos.

A lei também outorga ao administrador judicial legitimidade extraordinária para propor ação de retificação do quadro-geral de credores (artigo 19). Não tem razão de ser essa legitimação, pois não cabe ao administrador defender os interesses dos credores, dos devedores, nem mesmo o interesse coletivo (e difuso) de manutenção da empresa. Por isso mesmo, o **administrador não tem legitimidade para representar o devedor** e, portanto, não pode manifestar-se, alegar, requerer, recorrer ou praticar qualquer ato nos processos de que o devedor seja parte (quer no pólo passivo, quer no pólo ativo).

Além dessas duas funções fundamentais no processo (promover a citação dos credores e compor a segunda relação de credores, conferindo os documentos que consubstanciam todos os créditos, e não apenas aqueles objeto de habilitação), o administrador judicial, na recuperação, é incumbido de outros 2 (dois) deveres relevantíssimos: (i) fiscalizar o devedor e o cumprimento do plano de recuperação e (ii) apresentar relatório mensal das atividades do devedor (artigo 22, II, c) e relatório final sobre a execução do plano de recuperação (artigo 22, II, d, e 63, III).

O cumprimento do dever processual de fiscalizar o devedor e apresentar relatório ao juiz, para ser juntado nos autos do processo, é de suma relevância. O administrador deverá **monitorar a evolução do faturamento, dos contratos, dos ativos e dos passivos do devedor**, desde sua nomeação e até o encerramento da recuperação, para que os credores, o juiz, o comitê de credores e o promotor de justiça possam, a qualquer momento, requerer (e, no caso do juiz, para que decida) **o afastamento do devedor da gestão das atividades empresariais**. Essas informações são igualmente relevantes para que os credores e o juiz avaliem a viabilidade do plano. O constante monitoramento da condução das atividades pelo devedor poderá evitar um novo endividamento que provoque a (legítima) expropriação de bens do devedor para satisfazer

créditos não sujeitos à recuperação e, conseqüentemente, a diminuição da probabilidade de que as obrigações sujeitas à recuperação sejam adimplidas depois de novadas.

É pena que tais deveres de fiscalização e de elaboração de relatório mensal sejam deixados em plano secundário tanto pelo administrador judicial quanto pelos credores, que raras vezes requerem sua execução ou providências em razão de sua inexecução. Ficam sem aplicação, por isso, os comandos do artigo 23: penas do crime de desobediência e destituição do cargo (caso o dever não seja cumprido em cinco dias de intimação judicial para tanto).

Pode-se concluir, portanto, que os 4 (quatro) deveres essenciais do administrador judicial, na recuperação, são: (i) providenciar a citação dos credores sujeitos à recuperação, (ii) conferir a primeira lista de credores, julgar as habilitações, elaborar a segunda lista de credores e consolidar o quadro-geral de credores, (iii) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano, e, finalmente, (iv) elaborar relatório mensal acerca das atividades do devedor e relatório final de execução do plano.

Além disso, existem outros deveres do administrador, não tão relevantes quanto os anteriormente citados como os de (i) prestar informações aos credores e fornecer extratos de documentos, (ii) exigir informações dos credores, do devedor ou de seus administradores, inclusive por meio de oitiva em juízo (artigo 22, I, d, e § 2º), (iii) requerer decreto falimentar em razão do descumprimento do plano e (iv) contratar profissionais para auxiliá-lo quando necessário.

Ao longo de toda sua atuação processual, o administrador judicial e seus auxiliares devem dispensar, como auxiliares do juízo que são, tratamento isonômico a TODOS os credores (sem privilegiar credores trabalhistas em detrimento dos credores quirografários e/ou com garantia real, e sem privilegiar credores sujeitos à recuperação em detrimento de credores não

sujeitos à recuperação)¹¹¹ e ao devedor. A circunstância de seus honorários serem pagos pelo devedor (artigo 25) não deve influenciar no rigor de sua atuação, especialmente quanto àqueles 4 (quatro) deveres fundamentais anteriormente citados e, dentre eles, notadamente o de fiscalizar o devedor.

A atuação isonômica deve manter-se inclusive quando o administrador judicial: (i) resolver impasse no Comitê de Credores (artigo 27, § 2º), (ii) presidir a Assembléia Geral de Credores (artigo 37)¹¹² e (iii) gerir a empresa (artigo 65, § 1º)¹¹³, inclusive se tiver se requerer autorização judicial para alienar bens do ativo permanente, constituir garantias e endividar a sociedade, no exercício dessa gestão e quando inexistente Comitê de Credores (artigo 27, II, c).

A decisão de encerramento da recuperação determina destituição do administrador do seu cargo. Após prestação de contas (que será relevante quando e se o administrador tiver gerido a empresa) e relatório final de execução do plano (que ficará limitado aos dois anos posteriores à concessão da recuperação), o administrador receberá o saldo de seus honorários e ficará livre do encargo.

¹¹¹ Cabe ao legislador, e não ao administrador, outorgar mais ou menos privilégios aos credores com mais ou menos poder econômico. A atividade do administrador é vinculada à lei, de modo que nenhum tratamento especial além daquele previsto na lei possa ser concedido a nenhum agente participante da recuperação. É elementar, mas por vezes o óbvio fica esquecido e por isso tem de ser sublinhado.

¹¹² Colhe-se do magistério de ALBERTO CAMIÑA MOREIRA: *"Negociação é a palavra chave; e essa negociação, conquanto se dê perante o Poder Judiciário, dá-se sem a intervenção do juiz. A lei não prevê a atuação jurisdicional para esse fim; muito embora o juiz brasileiro disponha de poderes gerais de conciliação, e ela seja mesmo muito enfatizada pela doutrina processualista. Os credores, depois de conhecerem o plano, reúnem-se em assembléia para a discussão; o administrador judicial, presidente da assembléia, representante do Estado, não conta com previsão legal para interferência na discussão sobre o conteúdo do plano apresentado. A temática pertence aos credores."* (*Poderes da Assembleia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público*, in *Direito falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, coord. Luiz Fernando Valente de Paiva, Quartier Latin, São Paulo, 2005, p. 249-250).

¹¹³ Gestor não é administrador. Gestor responde, perante o devedor e terceiros, pelos atos que praticar na gestão da atividade empresarial, mas não responde por obrigações constituídas ANTES de assumir a gestão, ou DEPOIS de deixá-la. Além disso, a responsabilidade é subjetiva, decorrente de dolo ou culpa, sem nenhuma presunção desfavorável de culpa em eventual ação de responsabilidade. Não se lhe aplica, portanto, o regime legal de extensão de obrigações e/ou responsabilidade objetiva aplicável aos administradores indicados pelo devedor pessoa física ou escolhidos pelos sócios da sociedade devedora. Tudo isso porque não cabe ao administrador

XVI.4. DEVEDOR

Antes de qualquer outra consideração, o devedor precisa fazer um juízo sério sobre a viabilidade da empresa e possibilidade de apresentar um plano de recuperação viável. Caso julgue que não atende esses requisitos (e os demais requisitos legais) deve requerer a falência, expondo as razões de impossibilidade de prosseguimento das atividades empresariais (artigo 105).

Uma vez que a decisão tenha sido a de externar sua pretensão em juízo, o papel primordial do devedor é obter êxito em sua pretensão, isto é, alterar as obrigações sujeitas ao plano, **mantendo-se no controle das atividades empresariais** (do qual pode ser destituído, na forma do artigo 64), para, depois, cumprir as obrigações, quer as sujeitas ao plano, quer as não sujeitas (anteriores ou posteriores ao pedido).

Inicialmente, o devedor tem o ônus de a petição inicial, com a dedução da causa de pedir e a apresentação de documentos essenciais, entre os quais se destacam (i) o balanço patrimonial (artigo 51, II, a, da lei), (ii) a lista de TODOS os credores (inclusive dos credores não sujeitos à recuperação), (iii) a lista de todos os empregados, com função e salários e (iv) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção. Se o plano e os documentos referidos pelo artigo 53 não forem apresentados com a inicial, serão apresentados no prazo legal (do qual já se tratou alhures).

É comum que o devedor relacione apenas os créditos trabalhistas, com garantia real e quirografários, sem mencionar os créditos não sujeitos à recuperação, como os tributários e os créditos garantidos com bens alienados fiduciariamente. Todavia, a verdadeira dimensão da crise econômico-financeira e o quão viáveis são a empresa e o plano só poderão ser auferidas se **o juiz os credores sujeitos à recuperação puderem avaliar TODO o passivo**, isto é, a parte sujeita e a parte não sujeita à recuperação, bem como todo o ativo, corpóreo e incorpóreo. Tais informações são obrigatórias e constituem

“escolher” assumir ou não a gestão da empresa. É dever de seu encargo. Se não quiser aceitar, deve ser destituído do cargo de administrador judicial.

pressuposto de constituição e validade do processo, de tal modo que o processamento da recuperação sequer pode ser deferido antes que venham à lume.

Não relacionar um crédito existente, ou não relacionar um crédito inexistente, ou, de qualquer maneira, relacionar crédito com natureza, ou valor diverso, é conduta desleal, que deve ser punida com multa, além das penas criminais, conforme for o caso. O devedor deverá, portanto, relacionar todos os créditos com lealdade. Mesmo assim, sua relação deverá ser fiscalizada pelo administrador, item por item, e, depois, controlada pelos credores sujeitos ao plano.

O devedor também tem o ônus de alegar e comprovar a crise econômico-financeira, a viabilidade da empresa e a viabilidade do plano, isto é, os fatos constitutivos do direito à modificação das obrigações sujeitas à recuperação. Ao apresentar o plano, o credor deve apresentar laudo de avaliação de todos os seus ativos (artigo 53, III) e esse documento é de suma importância para avaliar a viabilidade do plano. Embora a empresa não precise ser lucrativa, é preciso, no mínimo, que seu faturamento consiga cobrir o custo operacional e gerar um excedente capaz de saldar as obrigações sujeitas ao plano.

Esse pagamento pode ser feito com faturamento futuro, ou com a alienação de bens do patrimônio do devedor, ou com emissão de títulos, enfim, com as mais diversas modalidades de reorganização e/ou proposta de pagamento que a mente humana puder criar. Para que os credores avaliem se o plano é viável (ou seja, reúna condições reais de ser cumprido), é preciso que todos os ativos do devedor sejam relacionados e avaliados. Como os contratos são ativos, não basta relacionar os ativos físicos (como imóveis, veículos e outras máquinas). É preciso saber quem são os clientes do devedor, quais são seus contratos atuais, qual sua participação no mercado em que atua, qual a capacidade de expandir sua atuação, etc.

Uma vez deferida a recuperação, o devedor deve cumprir as obrigações tais como ali lançadas. É irrelevante, sob o ponto de vista do processo

(fique bem claro), que faça a reestruturação societária ou as alienações prometidas ou que execute qualquer espécie/tipo/modalidade/gênero/categoria de “meio de recuperação” desde que consiga recursos para honrar as obrigações lançadas no plano. As obrigações em que o devedor se compromete a alienar um ativo, realizar organização societária, alterar a composição acionária, resolver determinado contrato, etc., isto é, aquelas obrigações de implementar os meios de recuperação sugeridos, podem ser descumpridas sem que isso caracterize descumprimento do plano. As obrigações cujo descumprimento interessam ao processo são as de pagar aos devedores sujeitos ao plano. Não faria nenhum sentido convolar a recuperação em falência (invocando os artigos 61, § 1º, e 73, IV) porque, por exemplo, um determinado ativo não foi vendido (isto é, foi preservado), mas as obrigações para com os credores tenham sido cumpridas com outra fonte de recursos (por exemplo, com o aporte de capital de um novo sócio).

Em resumo, é possível dizer que a atividade processual do devedor começa com a abertura de todas as informações sobre seu ativo e passivo, passa pela participação na composição do quadro-geral de credores (um dos documentos que compõem o título executivo ao final da recuperação), continua pelo cumprimento das obrigações que lhe impõe a lei para evitar perder o controle da atividade empresarial, culmina no convencimento dos credores e do Estado-juiz de que os requisitos legais exigidos para alterar suas obrigações está presente, e conclui-se pelo encerramento da recuperação, com a novação definitiva de suas obrigações.

XVI.5. CREDORES SUJEITOS AO PLANO

Os credores têm, inicialmente, o direito de serem citados. A citação não é ato burocrático de mera formalidade. Muito longe disso, a citação é um ato do qual depende a validade do processo e, ao mesmo tempo, um direito do réu. Sem a citação, a garantia do devido processo legal resta inócua.^{114 115}

¹¹⁴ Veja-se a LUIZ CARLOS DE AZEVEDO em *O direito de ser citado – perfil histórico*, FIEO e Resenha Tributária, São Paulo/Osasco, 1980.

¹¹⁵ “O princípio constitucional do contraditório – e o seu desdobramento na garantia de defesa – corresponde a um postulado considerado “eterno” e, mais do que qualquer outro “encarna no seio

Nesse sentido, pode-se afirmar, com serenidade, que a publicação de edital contendo a primeira relação de credores (apresentada pelo devedor e em relação à qual pode haver divergências), não tem valor de citação e, não pode, sob pena de violar o princípio do devido processo legal, servir para sujeitar os credores ao plano de recuperação. É incrível que toda a doutrina tenha aceitado a citação ficta por edital, mesmo sabendo o devedor o endereço de todos os seus credores, sem questionar, sem vislumbrar nisso uma manifesta violação ao devido processo legal. A citação por edital não se justifica nem mesmo diante da situação em que os credores sejam centenas ou milhares, dada a relevância do direito cujo exercício somente a citação permite.

Mesmo o legislador, mostrando-se desconfiando da eficácia do edital para cumprir a garantia constitucional de exercer o direito ao devido processo legal, determinou que os credores sejam notificados pelo administrador. Considerando a disposição constitucional (artigo 5º, LIV e LV, CF), somente a carta de intimação do administrador pode servir de citação, pois leva ao conhecimento do credor a pretensão do devedor de, excepcionando o direito de propriedade e a força obrigatória dos contratos, alterar seu crédito. O administrador deve contratar serviço especializado, se necessário for (dado o número elevado de credores), para cumprir a importante tarefa de notificar (ato a que atribuímos a validade de citação) os credores sujeitos à recuperação. A solução italiana de citar pela via de *email* registrado num cadastro nacional parece atender os reclamos de (i) efetiva ciência de processo com capacidade de afetar o patrimônio do citado e (ii) celeridade processual. É medida que poderia ser facilmente incorporada no ordenamento jurídico brasileiro.

Uma vez deferido o processamento da recuperação, o primeiro efeito sentido pelos credores é a suspensão de suas execuções, de tal maneira que a tutela executiva para satisfazer seus créditos fica-lhes vedada ao menos

*das mais diferentes culturas jurídicas, dois mil anos de história processual". Realmente, **nenhuma restrição de direitos pode ser admitida sem que se propicie à pessoa interessada a produção de ampla defesa (nemo inauditus dammari potest)**, e, conseqüentemente, esta só poderá efetivar-se em sua plenitude com o estabelecimento da participação ativa e contraditória*

por 180 (cento e oitenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação. Aqueles cujos créditos ainda não forem líquidos podem continuar suas ações até que os créditos tornem-se líquidos, sem prejuízo de participar da recuperação com o valor mais aproximado possível de seu crédito.

Pela lei, ao final dos 180 (cento e oitenta) dias, o direito à tutela executiva deveria ser restabelecido automaticamente (artigo 6º, § 4º). A disposição está de acordo com o direito processual (de categoria constitucional) ao processo célere. Todavia, segundo o entendimento do STJ, a retomada das execuções não pode ser automática. Os julgados, contudo, não indicam qual seria o critério para permitir ou não a continuação das execuções.¹¹⁶ Evidentemente, a continuação só tem cabimento se não tiver havido, ainda, a concessão da recuperação, porque ela implica novação das obrigações e o plano equivale a novo título executivo que, nas execuções em trâmite, deve ter o tratamento processual equivalente ao da transação. O direito à tutela executiva ou à ao decreto falimentar do devedor por ausência de pagamento de seu crédito são restabelecidos após a aprovação do plano e se houver descumprimento de obrigação vencida mais de 2 (dois) anos após a concessão da recuperação.

Uma vez citados do pedido de recuperação pelo recebimento de carta do administrador, cabe aos credores (i) controlar a presença das condições da ação e dos requisitos de constituição e desenvolvimento válido do processo (sobretudo a apresentação dos documentos essenciais), (ii) controlar a

dos sujeitos parciais em todos os atos e termos do processo". (JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Limites objetivos...*, ob. cit., p. 106-107 – grifou-se).

¹¹⁶ Alguns julgados invocam "razoabilidade": "*Segundo entendimento firmado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, não é razoável a retomada das execuções individuais após o simples decurso do prazo de 180 dias previsto no art. 6, § 4º, da Lei 11.101/2005*". (AgRg no CC 104.500/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/04/2011, DJe 02/06/2011). Outros invocam o artigo 47 para concluir que seria da competência absoluta do juízo da recuperação decidir sobre o patrimônio da empresa em recuperação: "*No caso, o destino do patrimônio da empresa-ré em processo de recuperação judicial não pode ser atingido por decisões prolatadas por juízo diverso daquele da Recuperação, sob pena de prejudicar o funcionamento do estabelecimento, comprometendo o sucesso de seu plano de recuperação, ainda que ultrapassado o prazo legal de suspensão constante do § 4º do art. 6º, da Lei nº 11.101/05, sob pena de violar o princípio da continuidade da empresa*". (CC 79.170/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/09/2008, DJe 19/09/2008), o que também não resolve o problema porque, seja qual for o juiz, a lei determina seja outorgada a tutela executiva depois do prazo de 180 (cento e oitenta dias), exceto se, antes disso, a recuperação for concedida. Nem mesmo a vontade expressa do legislador ("*em hipótese nenhuma*") foi suficiente para afastar interpretação *contra legem*.

presença dos requisitos legais (mérito) para o deferimento da recuperação, (iii) deliberar em assembleia sob a rejeição ou aprovação do plano, (iv) controlar a composição do quadro-geral de credores, quer para excluir/incluir créditos, quer para alterar valor e/ou classificação, e (v) fiscalizar o devedor, especialmente quanto ao seu endividamento posterior à concessão da recuperação e quanto às condutas que autorizam retirar o devedor da condução das atividades empresariais.

Para controlar as condições da ação e requisitos de constituição do processo, os credores podem apresentar petição simples, dado serem matérias cognoscíveis de ofício. Para discutir o mérito, devem apresentar suas razões para a objeção e, inclusive, produzir prova. Além disso, podem controlar a legalidade das decisões por meio de recursos. O controle da composição do quadro-geral de credores é feito pelo acesso à relação de todos os documentos que dão suporte à por meio do administrador judicial, da habilitação de crédito, da impugnação de crédito e da ação de retificação.

Para fiscalizar o endividamento do devedor, os credores dispõem do direito processual de acesso aos documentos do devedor, via administrador judicial ou Comitê de Credores, com exercício coercitivo por decisão judicial, caso necessário. Essa fiscalização é geralmente deixada em segundo plano. Todavia, é de suma relevância. O endividamento posterior ao pedido não apenas influencia a análise de viabilidade da empresa e do plano, como pode afastar os credores sujeitos ao plano da satisfação de seus créditos. Isso porque o artigo 67 classifica como extraconcursais, em eventual falência, os créditos constituídos ao longo da recuperação (desde o pedido até o encerramento, o que, pelo cronograma legal, deve durar dois anos e seis meses). Tais créditos serão pagos com precedência sobre os sujeitos à recuperação (artigos 84 e 149). **Daí ser de suma relevância que os credores tenham ciência dos riscos que assumem ao aprovar o plano de recuperação.** Se o endividamento do devedor aumentar e sobrevier a falência, os credores sujeitos

ao plano receberão menos do que receberiam caso rejeitassem o plano, impedindo o endividamento.¹¹⁷

A necessidade de acompanhar o endividamento do devedor faz ressaltar, no processo, a importância no atendimento dos requerimentos de exibição de documentos formulados pelos credores.

Quanto aos limites para alterar as obrigações, os credores sujeitos ao plano são tratados diferentemente pela lei.

Os credores trabalhistas, dada a natureza de seus créditos, devem liquidá-los na Justiça do Trabalho e, depois, habilitá-los no juízo da recuperação. Pela mesma razão, impugnações de crédito e ações de retificação de quadro-geral de credores devem tramitar na Justiça do Trabalho (6º, § 2º, e 19, § 1º). Os credores trabalhistas ainda gozam da limitação à alteração de seus créditos: o prazo máximo é de 1 (um) ano e os salários vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido (até o limite de cinco salários mínimo) devem ser pagos em até 30 (trinta) dias. Podem ser representados por procurador ou pelo sindicato e votam por cabeça.

Os credores com garantia real não gozam de proteção quanto a limite de prazo de pagamento, ou limite de desconto. Todavia, a lei põe a salvo suas garantias, determinando que elas só possam ser extintas com autorização do titular de cada garantia (artigo 50, § 1º). Daí que, havendo novação pela concessão da recuperação, suas garantias permanecerão intactas, embora só possam ser executadas caso o plano venha a ser descumprido.

¹¹⁷ O direito italiano prevê a ineficácia, em relação aos credores sujeitos ao *concordato preventivo*, de uma série de atos de endividamento e disposição/onerção de bens, bem como dos atos excedentes à administração ordinária da empresa praticados sem autorização do *giudice delegato* (artigo 167 - *gli atti eccedenti la ordinaria amministrazione, compiuti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato* que forem praticados sem autorização do *giudice delegato*. O direito brasileiro prevê a invalidade apenas de disposição/onerção de bens do ativo permanente sem autorização do juiz (artigo 66) e a remoção dos administradores e/ou do devedor da condução da atividade empresarial no caso de atos que excedam a administração ordinária (artigo 64, IV, b e c). A autorização para prática de atos só é necessária quando o devedor tiver sido afastado da condução da empresa (artigo 27, II, c).

Os credores quirografários também não gozam de proteção especial quanto a limite de prazo de pagamento, ou limite de desconto.

Os credores classificados como microempresas ou empresas de pequeno porte, nova classe criada pela Lei Complementar 147/2014 (artigo 41, IV). Trata-se da única classificação que foge do critério da natureza do crédito. O critério, neste caso, é a classificação tributária ou econômica do credor. Entendo, todavia, que, se parte o crédito tiver garantia real, deverá ser classificado como tal, mesmo que titulado por microempresa ou empresa de pequeno porte. Não há limitação para alteração dos créditos dessa classe. O que chama a atenção é o voto por cabeça, e não valor de crédito (artigo 45, § 2º). Agora, resta possível o *cram down* caso o plano seja aprovado pelas classes trabalhista e credores ME e EPP, bem como por 1/3 dos credores das classes com garantia real e quirografário, o que facilita a aprovação fraudulenta do plano e reforça – sobremaneira – a tese, aqui defendida, de que o Estado-juiz deve, sim, controlar a presença dos fatos constitutivos do direito à modificação das obrigações, como se verá mais adiante.

As duas principais diferenças dos credores com garantia real e dos credores quirografários está no poder de negociação do plano de recuperação de acordo com o percentual de seus créditos no todo. Como votam por cabeça, os credores trabalhistas têm igual poder de negociação. Os demais credores não. Esse poder pode ser usado para o bem ou para o mal. Tanto podem os credores de créditos relevantes ajudar o devedor a impor uma redução drástica dos valores dos créditos (recebendo algo em troca, fora da recuperação), como podem impor a mesma redução (ou até maior), imbuídos de boa-fé, certos de que é o único meio de o plano poder ser qualificado como viável (dado o excedente que a empresa em questão possa produzir).

Existe discussão sobre o critério de divisão dos credores, especialmente porque as classes, tais como concebidas na lei, comportam credores com interesses distintos. O fornecedor de insumos tende a preferir a continuação da atividade empresarial do devedor, justamente para não perder um cliente (e, portanto, faturamento), ao passo que o fornecedor de crédito tende a

querer a descontinuação, de modo que todo o ativo. Tudo isso, contudo, é feito com base em presunções e a situação de cada caso concreto é que determina o interesse de cada credor. O que releva sublinhar é que o controle, pelo Estado-juíz, do mérito do processo de recuperação, retira alguma relevância dessa discussão porque impede que a ausência dos requisitos legais que justificam a modificação das obrigações e a manutenção da atividade empresarial seja superada pela vontade da maioria dos credores, seja de má-fé (combatendo-se, portanto, o abuso de direito), seja de boa-fé (protegendo-se o mercado).

O que continua relevante, contudo, é o exercício do juízo de conveniência (usando a tradução do direito italiano) sobre a continuação ou não do devedor na condução da empresa, isto é, sobre o decreto de falência do devedor. Reitere-se, aqui, o postulado, tratado anteriormente, de que a sorte do devedor é diversa da sorte da empresa.

XVI.6. CREDORES DE CRÉDITOS CONSTITUÍDOS ANTES DO PROTOCOLO DO PEDIDO, PORÉM NÃO SUJEITOS À RECUPERAÇÃO

Entre os créditos criados antes do pedido, mas excepcionados pela lei, encontram-se: (i) os créditos tributários (artigos 6º, § 7º, e 68), (ii) os créditos garantidos por cessão ou alienação fiduciária, o crédito de arrendador mercantil, de promitente vendedor de imóvel, o de proprietário em venda com reserva de domínio (artigo 49, § 3º) e (iii) os crédito decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio (artigos 49, §4º, e 86, II).

Tratemo-los um a um.

XVI.6.1. Créditos tributários

A lei afastou excluiu os créditos tributários da recuperação, impedindo expressamente a suspensão das execuções tributárias. Previu a possibilidade de parcelamento a ser regulada por legislação específica. E, finalmente, determinou (sem prever nenhuma sanção – verdade seja dita) a

apresentação de certidões negativas (ou equivalente) de dívidas tributárias (artigo 57).

Assim, *ex vi legis*, os credores tributários ficaram autorizados a penhorar e executar livremente os bens do devedor. Todavia, segundo entendimento do STJ, embora as execuções fiscais não se suspendam, os atos de expropriação são de competência absoluta do juízo perante o qual tramita a recuperação¹¹⁸, sob o argumento de que isso é necessário para impedir que os atos de expropriação obstem a recuperação judicial. Ocorre, porém, que simplesmente definir competência (transferindo-a do juízo da execução fiscal para o juízo da recuperação) não resolve o problema. A lei não excepciona a tutela executiva ao crédito tributário durante a recuperação. Estaria, então, o juízo autorizado a indeferir a expropriação sob o argumento de que ela prejudicaria a execução do plano de recuperação, ignorando o direito de preferência do crédito tributário? Voltar-se-á ao assunto em capítulo mais abaixo.

Além disso, o STJ considera que o devedor em recuperação tem direito ao parcelamento tributário, de modo que a ausência de regulamentação afastaria a necessidade de comprovar regularidade fiscal. Com esse entendimento, o STJ afastou o que prevê o artigo 57.¹¹⁹

Em realidade, na medida em que é também do interesse dos credores tributários a manutenção da empresa viável, eles deveriam assumir **algum grau de sacrifício**, abdicando de parte de seu crédito em prol da

¹¹⁸ Veja-se: "Apesar de a execução fiscal não se suspender em face do deferimento do pedido de recuperação judicial (art. 6º, § 7º, da LF n. 11.101/05, art. 187 do CTN e art. 29 da LF n. 6.830/80), submetem-se ao crivo do juízo universal os atos de alienação voltados contra o patrimônio social das sociedades empresárias em recuperação, em homenagem ao princípio da preservação da empresa" (CC n. 114.987/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 14/3/2011, DJe 23/3/2011)". (AgRg no CC 136.392/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2014, DJe 29/10/2014).

¹¹⁹ Ei-lo: "Segundo entendimento exarado pela Corte Especial, em uma exegese teleológica da nova Lei de Falências, visando conferir operacionalidade à recuperação judicial, é desnecessário comprovação de regularidade tributária, nos termos do art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, **diante da inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial** (REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013)". (REsp 1173735/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 09/05/2014 – grifou-se)

manutenção da empresa (como os demais credores). Não faria mal que os créditos tributários também ficassem sujeitos à recuperação.¹²⁰

No ordenamento jurídico brasileiro, a política legislativa adotada, somada à interpretação *contra legem* feita para “salvar” o instituto, é contraproducente.¹²¹ É negar a realidade achar que o devedor, embora em crise econômico-financeira, esteja quite com as obrigações tributárias, como se ele fosse priorizar o pagamento da dívida tributária em detrimento das demais.

XVI.6.2. Créditos com garantia fiduciária

Quanto aos créditos referidos no artigo 49, § 3º, o legislador nada mais fez além de privilegiar o direito de propriedade dos respectivos credores.¹²² O privilégio, contudo, está limitado ao valor do bem alienado fiduciariamente. O que lhe exceder estará sujeito à recuperação. Daí ser de suma relevância que tais credores também sejam citados do processo de recuperação, de modo que possam requerer a habilitação daquilo que julgarem exceder o valor de seus bens. Há também uma restrição adicional, que consiste na impossibilidade de retirar da posse do devedor os bens de capital essenciais para sua atividade empresarial.¹²³

¹²⁰ É a opção legislativa atual da Itália, conforme “Art. 182-ter. *Transazione fiscale. Con il piano di cui all'articolo 160 il debitore può proporre il pagamento, anche parziale, dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori, limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria anche se non iscritti a ruolo, ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea; con riguardo all'imposta sul valore aggiunto ed alle ritenute operate e non versate, la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento.* (...)”. (grifou-se).

¹²¹ De novo, é bom repetir: o princípio da manutenção da empresa justifica excepcionar o direito de propriedade e o princípio *pacta sunt servanda*, mas não serve para manter toda e qualquer empresa, a qualquer custo.

¹²² Apesar de manifestações no sentido de que caberia ao juízo da recuperação decidir se a propriedade fiduciária deva ou não ser respeitada, de acordo com a possibilidade de impedir ou não a recuperação, o entendimento majoritário do STJ tem sido esse: “No caso concreto, foi determinado nos autos de recuperação judicial que instituição financeira devolvesse, diretamente à empresa recuperanda, os créditos recebidos por cessão fiduciária. Tal decisão representa violação frontal à norma jurídica, uma vez que os créditos garantidos por cessão fiduciária não se subsumem aos efeitos da recuperação judicial (art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005), impondo-se, em consequência, a sustação de seus efeitos lesivos ao direito do embargante”. (EDcl no RMS 41.646/PA, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 11/10/2013)

¹²³ Corretamente o STJ entendeu que os atos expropriatórios seriam de competência do juízo da execução no caso de crédito com alienação fiduciária em garantia de bem não ser essencial à

A eventual relação desses créditos, na recuperação, por iniciativa do devedor, ou mesmo sua manutenção na relação de credores feita pelo administrador judicial, não impede a execução da garantia para satisfação do crédito. Vale dizer: o crédito continua exigível mesmo que relacionado na recuperação. Somente o julgamento de improcedência de ação de retificação do quadro geral de credores impediria a execução, embora ela ainda pudesse ser rescindida em ação rescisória.

XVI.6.3. Créditos decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio

Finalmente, quanto aos créditos de adiantamento de contrato de câmbio, preferiu o legislador beneficiá-los sob a justificativa de que a produção nacional para exportação depende do dinheiro proveniente de tais operações, de tal modo que sujeitar o respectivo credor à recuperação significaria aumento do custo do dinheiro e conseqüente diminuição da produção e dos postos de trabalho.¹²⁴ O credor que adianta contrato de câmbio e, depois, não recebe o pagamento do importador estrangeiro tem, portanto, direito a penhorar e executar livremente os bens deste (tutela executiva), ainda que esteja em recuperação judicial.

XVI.6.4. Créditos constituídos antes do pedido cujos credores não tenham sido citados (trabalhistas, quirografários, com garantia real ou titulados por ME/EPP)

Ao lado dessas exceções legais expressas, também não podem sofrer os efeitos da recuperação os credores não citados. Ainda que o

atividade empresarial do devedor: “1. Em face da regra do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por alienação fiduciária. 2. Hipótese em que os imóveis rurais sobre os quais recai a garantia não são utilizados como sede da unidade produtiva, **não se tratando de bens de capital imprescindíveis à atividade empresarial das devedoras em recuperação judicial**, tanto que destinados à venda no plano de recuperação aprovado. 3. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo de Direito da 25ª Vara Cível de São Paulo para prosseguimento da execução”. (CC 131.656/PE, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/10/2014, DJe 20/10/2014 – grifou-se).

¹²⁴ Cf. Parte II, capítulo *Benefícios direitos aos trabalhadores*, item 2, do Parecer 534/2004 do Sen. Ramez Tebet, disponível em www.senado.gov.br

Código de Processo Civil seja aplicado no que couber (artigo 189) e que a Lei 11.101/2005 não mencione citação dos credores, mas apenas correspondência enviada pelo administrador (artigo 22, I, a) e publicação de editais (artigo 52, § 1º, II), é **exigência constitucional indispensável** que os credores sujeitos à recuperação sejam regularmente citados. As hipóteses interpretativas são as seguintes: ou bem se entende que a lei impôs ao credor o ônus de fiscalizar, diariamente, editais, para saber se algum devedor seu pediu recuperação, ou bem se segue o já consolidado entendimento de que o credor tenha de ser diretamente cientificado da demanda (direito à citação).

A citação é condição de validade do processo (artigo 214 do CPC). O devedor tem os dados dos credores, de modo que não estão presentes os requisitos de citação por edital. Diz-se, então, que a recuperação não prevê citação. Esse argumento é, *data venia*, raso. Não se pode ignorar que o processo, num primeiro momento, tolhe a tutela executiva e, ao final, altera o crédito, mesmo que o credor assim não queira, excepcionando a força coercitiva dos contratos e o direito de propriedade. Então, uma interpretação responsável e sistemática é aquela que exige, em respeito à disposição constitucional expressa (artigo 5º, LIV e LV, CF), a citação dos credores por correspondência.

De fato, sem a garantia da ampla defesa e do contraditório, não há como as obrigações serem modificadas. Não há nada que autorize a citação ficta. A citação por edital é feita, via de regra, quando incerto o réu ou, embora certo, ele esteja em local incerto ou não sabido. Se o devedor conhece o endereço de todos os credores e tem o ônus de fornecê-los ao juízo como documento obrigatório de seu pedido de recuperação, qual a razão para fazer citação por edital? Nenhuma. A prova de que o legislador não quis confiar na citação por edital está na determinação de que o administrador judicial encaminhe correspondência aos credores listados pelo devedor (artigo 22, I, a).¹²⁵

¹²⁵ Na Itália, os artigos 126 e 171 preveem que o *comissario giudiziale* (equivalente ao administrador judicial) faça a comunicação, usando inclusive endereço eletrônico certificado (o que, infelizmente, ainda não há no Brasil), embora permita que, sob autorização do *giudice delegato* (magistrado que, no *concordato preventivo*, exerce jurisdição sobre alguns temas, mas não todos, nem os mais importantes), a comunicação seja feita por publicação da íntegra da proposta de recuperação (plano) em jornal de circulação nacional ou local. Vejam-se os artigo 171 (parte): ***“Il commissario giudiziale provvede a comunicare ai creditori a mezzo posta***

Some-se a isso a aplicação do princípio constitucional da isonomia. Note-se que a lei determina o envio de carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento (artigo 52, V), sem exigir, para tanto, que tenham créditos contra ele. Partindo-se da premissa de que todos são iguais perante a lei (inclusive os entes da Federação em relação às pessoas naturais e às pessoas jurídicas de direito privado), por que razão as Fazendas teriam direito a tomar conhecimento do processo por carta e os credores apenas por edital?

Isso não é só. A citação por edital (que – repita-se – não tem cabimento porque os credores são sabidos e têm endereço conhecido pelo devedor) pode ser fonte de fraudes. Basta que o devedor não inclua determinado credor na lista e aguardar que o credor não leia o edital. Pode acontecer, ainda, de, mesmo incluso na lista inicial, o credor não receber a correspondência do administrador. Se o credor tomar conhecimento da recuperação depois do prazo para habilitar seu crédito, terá a consequência gravíssima de não poder votar na assembleia.

Por essas razões, não é possível sujeitar o credor à recuperação sem que seja **validamente** citado.

Se se considerar que a citação válida, na recuperação judicial, consiste no recebimento de correspondência encaminhada pelo administrador, torna-se necessário equacionar o problema do prazo para os credores apresentarem habilitação de e/ou divergência e objeção (se o plano tiver sido apresentado com o pedido inicial).

***elettronica certificata**, se il relativo indirizzo del destinatario risulta dal registro delle imprese ovvero dall'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti e, in ogni altro caso, a mezzo lettera raccomandata o telefax presso la sede dell'impresa o la residenza del creditore, un avviso contenente la data di convocazione dei creditori, la proposta del debitore, il decreto di ammissione, il suo indirizzo di posta elettronica certificata, l'invito ad indicare un indirizzo di posta elettronica certificata, le cui variazioni è onere comunicare al commissario"; e também o artigo 126 (parte): "Ove le comunicazioni siano dirette ad **un rilevante numero di destinatari, il giudice delegato può autorizzare il curatore a dare notizia della proposta di concordato, anziché con comunicazione ai singoli creditori, mediante pubblicazione del testo integrale della medesima su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale**".*

Entendo que o prazo deva ser contado do recebimento da correspondência (e não da sua juntada aos autos, por ausência de previsão legal para tanto), caso o primeiro edital com a lista de credores, a essa época, já houver sido publicado. Isso, inclusive, dará ao administrador a oportunidade de citar outros credores que não tiverem sido incluídos na primeira relação de credores mas forem descobertos pela análise dos documentos do devedor.

Se o edital com a segunda relação de credores (artigo 7º, § 2º) já houver sido publicado quando o credor receber a correspondência de citação, o credor poderá apresentar impugnações (ao seu crédito e ao de terceiros) e objeção (se o plano já tiver sido apresentado), devendo-se garantir-lhe o direito de voto nas assembleias.

Se, todavia, o quadro-geral de credores tiver sido homologado por falta de impugnação, ou, ainda, a assembleia de credores tiver sido realizada, esse credor não terá seus créditos novados, dada a ausência ou nulidade de citação, ainda que seu crédito tivesse, *a priori*, de se sujeitar à recuperação e que tenha constado corretamente do quadro-geral de credores. Na hipótese, o vício processual da ausência de citação terá tolhido direitos essenciais do credor, como (i) discutir a existência e extensão dos demais créditos, (ii) discutir condições e requisitos da ação, o direito de discutir o mérito, e (iii) discutir o plano de recuperação e votar pela sua rejeição ou pela falência do devedor.

Não importa que o valor do crédito não seja suficiente para alterar a deliberação, porque, além de isso não afastar os problemas referentes aos outros 2 (dois) direitos tolhidos, não resolverá o problema de o credor não ter tido a oportunidade de se manifestar e, pelo uso da palavra, convencer a maioria dos credores a, se o caso, rejeitar o plano de recuperação tal como proposto pelo devedor.

É possível que objetem essa tese sob o argumento de que o devedor, em conluio com determinado credor, possa combinar não incluí-lo desde o início na relação de credores para que ele, uma vez não sujeito à recuperação

por ausência de citação, possa excutir bens do devedor antes que os demais credores o façam. A isso se opõem os argumentos de que (i) o administrador judicial deve analisar todos os documentos do devedor para localizar e citar outros credores, (ii) a conduta é criminosa (artigos 171 ou 175) e (iii) os credores já correm o risco de que o devedor aumente seu endividamento, inclusive com novos credores, risco idêntico à hipótese em questão.

Uma vez que o crédito não esteja sujeito à recuperação, o credor não terá excepcionado o direito à tutela executiva, e poderá exercê-la livremente, penhorando e excutindo os bens do devedor em recuperação.

É importante ressaltar, contudo, que a proposta interpretativa aqui feita não foi cogitada pela doutrina, nem testada nos tribunais. A lei determina que o prazo para habilitação/divergência de crédito transcorra da publicação do edital contendo a notícia do processamento da recuperação e a primeira relação de credores (artigo 7º, § 1º), assim como tolhe do credor o direito de voto (exceto os credores trabalhistas) caso perca este prazo (artigo 10, § 1º). Embora essa estrutura seja campo fértil para a fraude, não há manifestações em sentido contrário.

XVI.7. Credores não sujeitos à recuperação de créditos constituídos depois do protocolo do pedido

O artigo 49 estabelece claramente o limite de sujeição dos créditos à recuperação: tenha sido constituído até a data do pedido.¹²⁶ Se o crédito não existia até a data do pedido, não está sujeito aos efeitos da recuperação e, portanto, deve ser adimplido na data em que as partes convencionaram o pagamento.¹²⁷ Caso o devedor não realize o pagamento, o credor não sujeito à recuperação poderá penhorar os bens do devedor. No curso

¹²⁶ Relembre-se o brocardo *ex facto oritur ius*, isto é, o que importa é a data do fato constitutivo do crédito, e não a data de reconhecimento judicial (certificação) do crédito.

¹²⁷ “De acordo com o art. 49 da Lei nº 11.101/2005, apenas os créditos existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação judicial. Assim, créditos posteriores ao pleito recuperacional não se submetem aos seus efeitos. Precedentes”. (AgRg no AREsp 468.895/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 14/11/2014)

da execução, quais bens poderá penhorar? É questão de que se tratará mais adiante.

Fato é que, durante a recuperação, o devedor mantém a condução da atividade empresarial e isso implica a necessidade de contrair novas obrigações, tributárias, quirografárias (com fornecedores de matéria-prima e dinheiro, por exemplo) e trabalhistas. Esse endividamento, como já se disse alhures, deve ser monitorado. Não por outra razão a lei prevê o dever que o administrador (artigo 22, II, c) e o Comitê de Credores (artigo 27, II, a) produzam relatórios mensais sobre as atividades do devedor (endividamento, incluso, por óbvio). E também por isso o endividamento injustificado do devedor autoriza que a atividade empresarial seja retirada de sua condução (artigo 64, IV, b e c).

Além disso, a lei põe a salvo a validade dos atos de endividamento praticados ao longo da recuperação no caso de convolação do processo em falência (artigo 74), assim como classifica como extraconcursal o crédito constituído ao longo da recuperação (artigos 67, e 84, V). Seria realmente irreal imaginar que os créditos constituídos depois do pedido fossem também modificados pelo plano de recuperação. Isso simplesmente inviabilizaria a retomada das atividades. Apenas devedores que tivessem volume de dinheiro suficiente para pagar à vista teriam condições de se manter no mercado.

Entretanto, é preciso ter em mente que o propósito é que a recuperação não seja convolada em falência, de tal modo que, não pagando o devedor o crédito na data acordada, seja necessário outorgar tutela executiva ao credor. Nesse caso, é preciso saber se o credor tem direito a executar quaisquer bens do devedor, inclusive aqueles eventualmente indicados no plano de recuperação como fonte de recursos para satisfazer as obrigações sujeitas à recuperação, ou não. A consciência dessa informação no momento da contratação tornará o crédito ao devedor mais ou menos custoso.

XVII. COMITÊ DE CREDORES E ASSEMBLÉIA DE CREDORES

XVII.1. Comitê de Credores

O Comitê de Credores é entidade de capacidade processual à qual a lei atribui, principalmente, os deveres de fiscalizar o devedor (artigo 64) e o administrador (artigos 22 e 27, I, a). Evidentemente, o cumprimento do dever de fiscalizar implica, por lógica, o direito de acesso a informações. Se o devedor as negar, pode ser retirado da condução da atividade empresarial (64, V). Se o administrador as negar, pode ser destituído (artigo 31, *caput*).

O Comitê de Credores é órgão de existência facultativa (artigo 28), composto por representantes das classes de credores (artigo 27), constituído pela assembleia (artigo 35, I, b) e dissolvido pela sentença de encerramento da recuperação (artigo 63, IV). Para ser constituído, a assembleia de credores deve ser convocada pelo juiz por provocação dos credores, que podem fazê-lo a partir da decisão de processamento da recuperação (artigo 52, § 2º). Embora a constituição do Comitê desde o início do processo represente a situação ideal, geralmente o Comitê (se for constituído) é criado na assembleia para votação do plano. Se for constituído anteriormente, logo após a decisão deferindo o processamento, **muitas informações podem ser obtidas e utilizadas para deliberar sobre o plano**. Novamente, há que se destacar: os credores têm muito mais com o que se preocupar no processo de recuperação que simplesmente cuidarem da correta relação de seus créditos.

A lei também concede legitimidade ao Comitê de Credores para propor impugnação de crédito (artigo 8º) e ação de retificação de quadro-geral de credores (artigo 19), devendo inclusive ser intimado para se manifestar sobre todas as impugnações que houver (artigo 12). Aliás, ao longo da lei, há outras determinações no sentido de que seja “ouvido o Comitê de Credores”, mas, à míngua da prescrição de sanção, a inobservância do dispositivo não

conduz à nulidade do ato, a menos que se alegue e comprove efetivo prejuízo¹²⁸, como é pacífico na doutrina e jurisprudência processual brasileira. Não se tem notícia do exercício da legitimidade de impugnar créditos, especialmente porque o STJ, erroneamente, entende ser cabível condenação ao pagamento de honorários de sucumbência no **incidente processual** da impugnação.¹²⁹ A legitimidade, de todo modo, é irrelevante pelo simples fato de que o Comitê é formado por representantes dos credores e os credores já são legitimados para impugnar créditos e propor ação de retificação do quadro-geral de credores.

O que realmente importa, quanto ao Comitê de Credores, é o **poder fiscalizatório**, que deve ser exercido no propósito principal de verificar o andamento das atividades do devedor (podendo, portanto, fazer um juízo de maior acuidade sobre a viabilidade da empresa e do plano de recuperação) e o novo endividamento do devedor (formado após o pedido de recuperação). Os credores, é certo, também podem pedir informações ao administrador e ao devedor, recorrendo ao juiz caso necessário. A diferença está em que ignorar o pleito dos credores não conduz às sanções previstas para o descumprimento do dever de prestar informações e fornecer documentos ao Comitê de Credores.

XVII.2. Assembleia de Credores

Quanto à assembleia de credores, há diversas questões a serem tratadas e dirimidas sob o ponto de vista da deliberação, da composição das classes de credores, do quórum de instalação, do poder de voto e do abuso do voto, do direito de propor e de usar a palavra, das deliberações em plenário e das deliberações em classes, do quórum de deliberação pela falência, aprovação/rejeição do plano, criação de comitê de credores, entre outras. Tais questões são afetas à doutrina do direito comercial. Para o processo o que realmente importa é saber se a deliberação da assembleia vincula ou não o Estado-juiz.

¹²⁸ Por exemplo, o Comitê, tomando conhecimento da impugnação apenas após seu julgamento, alega a invalidade e traz informação com base na qual o julgamento seria diverso.

¹²⁹ “São devidos honorários advocatícios nas hipóteses em que o pedido de habilitação de crédito em recuperação judicial for impugnado, conferindo litigiosidade ao processo. Precedentes”. (REsp

As propostas, como regra, são aprovadas pela maioria dos créditos presentes à assembleia (artigo 42)¹³⁰.

O artigo 73, I, determina seja decretada a falência do devedor caso a proposta pela falência seja aprovada na forma do artigo 42.¹³¹

Nesta hipótese, o juízo está vinculado por expressa dicção legal.¹³² O poder de impor a falência ao devedor é o contraponto da exceção à propriedade e à força coercitiva dos contratos imposta (a exceção) aos credores sujeitos à recuperação. Essa deliberação não deve, contudo, causar nenhuma estranheza ou preocupação em relação à manutenção da empresa e ser considerada apenas como a decisão de afastar o devedor da condução da atividade empresarial. Relembre-se o princípio de que a sorte do devedor deve ser dissociada da sorte da empresa. Relembre-se também as disposições da lei no sentido de que a empresa possa ser mantida na falência (artigo 99, XI) e alienada como um todo (artigo 140), cuja eficácia depende da observância literal do artigo 141, II (transferência livre de ônus e sem sucessão)¹³³.

Supondo que tal proposta não seja feita, ou que seja rejeitada, a assembleia deliberará, nos termos do artigo 35, I, sobre (i) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor (que pode ser alterado na próprio assembleia, conforme o artigo 55, § 3º); (ii) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua

1197177/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 12/09/2013)

¹³⁰ Por todos, MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO (ob. cit., p. 139).

¹³¹ A proposta pode ser feita em qualquer assembleia e desde o processamento da recuperação.

¹³² Em sentido contrário, CARLOS HENRIQUE ABRÃO: *“A expressão soberania da assembleia geral, em sua decisão, não significa, em absoluto, que o Juízo da recuperação estará diante de uma camisa de força. (...) Os motivos ensejadores da deliberação da assembleia poderão ser revistos pelo juízo, acaso não se convença dessa situação; porém deverá fundamentar a respectiva decisão, para que nela sobejem elementos convincentes, adstritos à realidade empresarial”* (in *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*, coord. Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, ob. cit., p. 274).

¹³³ Note-se a preocupação do legislador de impedir a fraude ao excepcionar essa sucessão nos casos em que o arrematante tenha relacionamento com o devedor falido (sócio do falido, controlador do falido, parente até o 4º grau, consanguíneo ou afim, do falido ou do sócio do falido, e agente mancomunado com o falido – artigo 141, § 1º). Não há motivo para impedir a fraude também na recuperação judicial pelo exercício da jurisdição no julgamento do pedido.

substituição; (iii) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4º do art. 52 desta Lei; (iv) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor; e (v) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.

O que interessa, para fins deste trabalho, é saber se a deliberação de aprovação ou rejeição do plano vincula o juiz, de tal modo que, observados os requisitos formais validade da deliberação assemblear, só lhe resta conceder a recuperação, isto é, a tutela constitutiva de alteração das obrigações? Mesmo que os autos contiverem prova de ausência de um ou mais requisitos legais (causa de pedir) para tanto: crise, viabilidade da empresa e viabilidade do plano?

Se a deliberação for de rejeição sem a possibilidade do chamado *cram down* (artigo 58, § 1º), o juízo está vinculado à deliberação e deverá decretar a falência (artigo 73, III). Tal como na hipótese de aprovação da proposta de falência do devedor, a lei elegeu esses fatos (juntamente com outros, como, por exemplo, a ausência de apresentação de plano no prazo legal) como suficientes para o decreto falimentar. Não há necessidade de analisar nenhum outro requisito para impor a falência. Aqui valem as mesmas considerações a respeito da manutenção da empresa mesmo na falência.

É, pois, lícito concluir que tanto a aprovação de proposta de falência do devedor quanto a rejeição do plano em condições que não permitam o chamado *cram down* são fatos extintivos do direito à modificação das obrigações. Vale dizer, o devedor pode comprovar a crise, a viabilidade da empresa e a viabilidade do plano, mas, mesmo assim, ter a falência decretada. Não fosse disposição expressa determinado o decreto falimentar, tais fatos conduziriam à sentença de improcedência.

Quanto às hipóteses de aprovação do plano e de rejeição em condições que permitam o chamado *cram down*, a vinculação ou não do Estado-juiz exige outras indagações. Nesses 2 (dois) casos, esta tese propõe que o juiz julgue o mérito, isto é, analise a presença dos fundamentos fáticos do pedido, os

quais, também segundo esta tese, são: crise, viabilidade da empresa e viabilidade do plano.

Essa questão está detalhadamente tratada mais adiante, no capítulo referente à decisão de rejeição ou acolhimento do pedido de recuperação. No tocante ao presente capítulo, cumpre investigar a natureza processual da deliberação assemblear de aprovação do plano.

O que é preciso ter em mente, desde o início, é o fato de os credores deliberarem segundo seus próprios interesses.¹³⁴ Os credores não tem compromisso com o interesse coletivo (e difuso) de manutenção da empresa. Não têm e nem devem ter. Não há, nisso, nenhum problema de ordem ética, moral ou legal, desde que não se outorgue aos credores o poder de dispor sobre interesse de que não sejam titulares.

A deliberação de aprovação do plano não se trata de fato constitutivo do direito à modificação das obrigações. Isso resulta claro do fato de a recuperação poder ser deferida diante da ausência de objeções, isto é, sem deliberação, em assembleia, de aprovação do plano.

Também não se trata mera confissão dos fatos alegados, porque o juízo se faz a respeito do plano, aprova-lo ou não, sem nenhum juízo sobre a veracidade dos fatos que compõe a crise, a viabilidade da empresa e a

¹³⁴ Por todos, em relação ao tema da “teoria dos jogos” aplicada à recuperação, ainda que desatualizado em relação à recente criação da quarta classe de credores (credores microempresas e empresas de pequeno porte), leia-se, MÁRIO ENGLER PINTO JÚNIOR, segundo quem: “Para obter a adesão de cada uma das três classes de credores, é essencial que o plano de recuperação judicial preveja condições de pagamento no mínimo iguais ou mais favoráveis do que aquelas decorrentes da falência do devedor. Do contrário, os credores que se sentirem melhor atendidos no processo de falência **não terão motivação racional** para concordar com a proposta de pagamento do devedor. Trata-se da aplicação do conceito de BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*). É possível calcular matematicamente o que cada categoria de credor poderia obter no caso de decretação da quebra (*outcome* ou *pay off*). (...) O *pay off* para o caso de decretação da falência deve ser comparado com a proposta de pagamento objeto do plano de recuperação judicial, para se saber se é mais ou menos benéfica aos credores” (*A Teoria dos Jogos e o Processo de Recuperação de Empresas*, in *Doutrinas Essenciais, Direito Empresarial*, org. Arnoldo Wald, v. VI, RT, São Paulo, 2011, p. 447-465 – grifou-se). O problema dessa teoria é não explicar todas as possibilidades de motivação do voto, como, por exemplo, o voto pela rejeição pela simples vontade de falir o devedor, ou o voto de aprovação em razão de acordo espúrio para receber pagamento fora da recuperação em troca de, aprovando o plano, permitir o enriquecimento sem causa do devedor em detrimento dos demais credores.

viabilidade do plano. A manifestação de vontade sobre o plano nada tem a ver com admitir a verdade dos fatos que devem ser alegados pelo devedor.

A manifestação pela aprovação do plano parece ter natureza processual de concordância com a procedência do pedido. A concordância com a procedência do pedido. Essa concordância, contudo, tem de ser compatibilizada com a circunstância de que se trata de uma deliberação colegiada e por maioria, sem manifestação de vontade prévia (exercício de livre-arbítrio) pela sujeição à deliberação da maioria.

De regra, os litisconsortes manifestam-se independentemente, de tal modo que, num processo de conhecimento comum, o reconhecimento da procedência do pedido por um litisconsorte não atingiria os interesses do outro. Essa regra está plasmada no artigo 48 do CPC, que também prevê a hipótese de “disposição legal contrária”. No processo de recuperação judicial, apesar de não haver ressalva expressa, a assembleia implica manifestação conjunta dos litisconsortes passivos. A partir disso e sem realizar outras reflexões, seria possível concluir pela vinculação do juízo ao reconhecimento da procedência do pedido. A doutrina processual atual ¹³⁵ ¹³⁶, contrariamente a de outrora ¹³⁷,

¹³⁵ Cf. CANDIDO RANGEL DINAMARCO: *“Reconhecimento do pedido é o ato unilateral com que o réu renuncia à resistência que viesse opondo à pretensão do autor e declara-se disposto a submeter-se a esta. Não contém nem implica a aceitação dos fatos alegados na petição inicial e por isso não se confunde com a confissão: carecem de qualquer relevância as razões pelas quais o réu reconhece o pedido, sendo-lhe lícito até deixar expressa a discordância quanto à versão dos fatos trazida pelo autor, mas assim mesmo reconhecer o pedido. Como negócio jurídico que é, fundado na ampla liberdade negocial assegurada às pessoas, o reconhecimento do pedido é admissível e eficaz ainda quando o sujeito tivesse fortes razões para prosseguir resistindo. Esse ato é verdadeiramente uma voluntária sujeição ou, por outras palavras, um reconhecimento jurídico do pedido. Se inexistisse a obrigação pela qual ele havia sido chamado ao processo, por força desse negócio jurídico unilateral agora ela passa a existir”*. (Instituições..., ob. cit., p. 264-265 – grifou-se).

¹³⁶ Cf. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE: *“Julgar o mérito significa julgar o pedido deduzido na inicial, acolhendo-o ou rejeitando-o. O art. 269 do CPC prevê cinco hipóteses de julgamento de mérito, das quais apenas duas configuram realmente exame do pedido: incisos I e IV. Só se julga o mérito propriamente dito se o pedido é acolhido ou rejeitado, bem como se for acolhida a alegação de prescrição ou de decadência, o que não deixa de representar improcedência. As demais situações descritas naquele dispositivo só implicam julgamento de mérito porque o legislador assim estabelece. Reconhecimento jurídico do pedido, transação e renúncia ao direito são formas de autocomposição da lide, mediante atos das próprias partes. Nesses casos, a rigor, o juiz atua no exercício da jurisdição voluntária, pois não substitui a vontade das partes, formulando a regra jurídica concreta. Limita-se a homologar manifestação unilateral ou bilateral de vontade, tornando-a apta a produzir efeitos de título executivo judicial”*. (Efetividade do Processo e Técnica Processual. Malheiros, São Paulo, 2006, p. 242 – grifou-se).

entende que, uma vez manifestada a concordância com a procedência do pedido, resta ao juiz homologar a “transação” havida entre as partes. Nesse caso, continua havendo jurisdição, mas apenas com juízo de delibação. A conclusão seria, portanto, de que, na recuperação, o juiz restaria vinculado à aprovação do plano, não restando outra coisa senão homologá-lo.

Há, todavia, duas diferenças fundamentais entre essas duas situações. O primeiro consiste no fato de a **deliberação ser feita pela maioria**, isto é, sobrepondo-se à vontade da minoria. O segundo consiste no fato de que os credores não terem legitimidade para transacionar a respeito de um interesse que, embora não consista o objeto do processo, é diretamente influenciado por seu resultado (o interesse coletivo – e difuso – na manutenção da empresa).

Quanto ao primeiro ponto, cada credor tem poder de disposição sobre seu próprio crédito. Pode, inclusive, renunciar, ou transacionar para receber ainda menos do que tiver sido estabelecido no plano. O que não é possível é lhe outorgar poder de disposição sobre os créditos dos demais credores, quer a minoria que houver votado contra o plano, quer a (talvez maioria) que simplesmente não tenha comparecido à assembleia.

Embora se possa argumentar existir uma manifestação de vontade tácita dos credores ausentes no sentido de se submeter à decisão da maioria, esse argumento não é válido em relação aos credores dissidentes. Para estes últimos, a comparação com o princípio da sujeição da minoria à vontade da maioria em vigor nas assembleias sociais não é válida. Nas sociedades, o sócio manifesta sua vontade de se submeter às regras do contrato social ou do estatuto social e às leis societárias, que preveem a formação da vontade social pela maioria das vontades somadas em assembleia de sócios. Também não se pode

¹³⁷ Cf., *exempli gratia*, MOACIR LOBO DA COSTA: “O reconhecimento do pedido não impede o juiz de se pronunciar sobre o mérito da causa, porque o pedido pode não ser conforme ao direito aplicável e não merecer a tutela invocada. **Sendo a jurisdição o poder estatal destinado à atuação da lei, no caso concreto, o ato processual do réu reconhecendo a procedência do pedido do autor, não deve vincular o pronunciamento do juiz.** Como ensina CHIOVENDA, O simples fato do reconhecimento não confere ao autor o direito de obter sentença favorável; o juiz conserva-se livre para examinar se existe norma abstrata aplicável ao caso, se a causa de pedir é lícita etc”. (*Confissão e reconhecimento do pedido*, Saraiva, São Paulo, 1983, p. 206-207 – grifou-se).

falar em jurisdição privada, invocando comparação com a arbitragem, porque a exceção à jurisdição estatal também depende de prévia manifestação de vontade. Poder-se-á dizer, então, que a manifestação de vontade de se submeter à decisão da maioria é feita no ato de contratar com o devedor empresário. Também não procede esse argumento porque as obrigações podem ser constituídas por ato ilícito e, sobretudo, porque, no ato da contratação, o credor não sabe qual é o percentual que seu crédito representa no universo de credores comuns, nem qual será esse percentual no momento em que o devedor pedir a modificação de suas obrigações pela via da recuperação judicial.

Quanto ao segundo ponto, é preciso considerar que o deferimento da recuperação representa não apenas tutela do devedor, pela alteração de obrigações validamente constituídas, ou seja, uma exceção à propriedade e à força coercitiva dos contratos, mas, sobretudo, tutela do interesse coletivo de manutenção da empresa. Os credores não são legitimados a defender tal interesse e suas deliberações são motivadas por outras razões que não a manutenção da empresa. Se a doutrina quer uma solução “de mercado”, não pode considerar que o mercado sejam os credores. Eles são, quando muito, uma pequena parte do mercado, que não engloba os principais agentes do mercado: os consumidores.

Do reconhecimento de que a decisão dos credores não tem motivação (ou, no mínimo, não precisar ter) nos objetivos fixados pelo artigo 47, extrai-se a possibilidade de que a assembleia aprove a modificação de obrigações embora (i) não exista crise (recuperação fraudulenta, para promover o enriquecimento sem causa do devedor), (ii) a empresa não seja viável (recuperação inútil e prejudicial ao mercado, por não promover a realocação eficiente dos bens) e (iii) o plano não seja viável (recuperação inútil e prejudicial ao mercado, por não promover a assunção da empresa por outro empresário).

Essas duas razões justificam a conclusão de que a deliberação assemblear de aprovação do plano não autoriza um juízo meramente homologatório, exigindo juízo de mérito, isto é, com avaliação da presença dos fatos constitutivos do direito à modificação das obrigações do devedor, do que

decorre, como efeito secundário, a manutenção da empresa sob condução do devedor. A interpretação ora proposta implica, portanto, a possibilidade de o Estado-juiz indeferir a recuperação mesmo que a assembleia tenha aprovado o plano.¹³⁸

¹³⁸ Procurando encontrar o motivo do posicionamento avesso ao que aqui se defende, DANIEL GOLDBERG escreveu: *“Por que então será tão difícil resistir à tentação de manter empresas inviáveis indefinidamente em operação, ao arrepio de disposição expressa da lei? A resposta é óbvia: os prejudicados com a quebra estarão presentes no cotidiano do magistrado, enquanto os beneficiários da solução eficiente permanecem invisíveis para os tribunais. O empregado demitido faz sua voz mais presente do que a do beneficiário do emprego que sequer foi criado. A responsabilidade do magistrado é grande: incumbe-lhe tanto recuperar as empresas viáveis quanto resistir à tentação de manter artificialmente em funcionamento empresas que há muito deveriam ter saído do mercado. Nesse caso, o magistrado que adota a solução eficiente age como benfeitor do interesse difuso, das pessoas sem nome e rosto que, ainda assim, são afetadas profundamente por suas decisões”* (Notas sobre a nova lei de recuperação de empresas, in *Doutrinas Essenciais, Direito Empresarial*, org. Arnaldo Wald, São Paulo, RT, 2011, p. 355). O único acréscimo que precisa ser feito a esse entendimento é de que nem o indeferimento da recuperação nem a falência implicam, necessariamente, na extinção dos postos de empregos criados pelo devedor em recuperação. A falência também pode (e deve) conduzir à transferência do conjunto de ativos com os quais a atividade empresarial é executada para outro empresário, que pode perfeitamente contratar as pessoas (senão todas, algumas) que eram empregadas do devedor falido. Imagine-se que se trate de uma atividade industrial e que máquinas especiais integrem os ativos vendidos em bloco. Se o empresário adquirente tiver a segurança jurídica de não suceder o devedor falido (como deve ter, segundo nosso ordenamento jurídico atual), será muito mais econômico (e, portanto, eficiente) contratar os empregados já treinados no manuseio e na manutenção de tais máquinas. Isso se alastra para outros empregados, que, em maior ou menor escala, segundo seus respectivos graus de especialização e conhecimento, detém *know-how* sobre a atividade empresarial do devedor falido. Pense-se no conhecimento dos empregados do setor de vendas, que conhecem os agentes do mercado, no conhecimento dos empregados do setor de compras de insumos, que conhecem os melhores fornecedores e os meios de negociação, os do setor de contabilidade, os de *marketing* e assim por diante.

XVIII. JUÍZO DE MÉRITO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Doutrina e jurisprudência, no estágio atual do entendimento sobre a matéria, rejeitam a possibilidade de se realizar o julgamento de mérito no processo de recuperação. Entendem que o juízo a respeito da viabilidade do plano está a cargo exclusivo dos credores e sequer cogitam de avaliar a efetiva existência de crise econômico-financeira e a viabilidade da empresa.

Inicialmente, criou-se o dogma de que a deliberação de aprovação do plano seria **soberana**, cabendo ao juiz a atividade meramente homologatória. Aprovado o plano, o juiz simplesmente homologaria a decisão.

EDUARDO SECCHI MUNHOZ escreveu o artigo que mais profundamente tratou do tema. Depois de identificar o problema¹³⁹, defendeu que o juiz não deva ter papel “meramente homologatório” (porque os interesses dos credores divergem dos interesses de manutenção da empresa), nem decidir conforme conceitos abertos do artigo 47.¹⁴⁰ ¹⁴¹ Diante disso, propôs, então, que o controle se fizesse por normas que controlam ou limitam a manifestação de vontade dos credores haurida em assembleia.¹⁴²

¹³⁹ “A divergência entre os estudiosos da lei brasileira conduz, no entanto, ao que parece constituir um dilema: ao juiz deve-se conceder um papel meramente homologatório da decisão dos credores, ou deveria ser-lhe concedido o papel supremo e soberano na apreciação da matéria, podendo superar e substituir-se à vontade manifestada pela assembleia geral de credores” (Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 10, nº 36, abr-jun/2007, p. 191).

¹⁴⁰ “Se ao juiz não deve caber o papel de simples homologação formal dos acordos entabulados entre devedor e coletividade de credores, também não lhe deve ser reconhecido o poder de substituir-se, de forma ampla e desvinculada das regras procedimentais da lei, à vontade manifestada pela assembleia geral de credores. A primeira solução poderia conduzir a resultados indesejados, porque pautados apenas pelos interesses egoísticos e individualista dos credores, ao passo que a segunda desvirtuaria completamente o sistema, tornando irrelevante o papel da assembleia de credores”. (ob. cit., p. 192).

¹⁴¹ Também RICARDO NEGRÃO identificou o problema, embora sem oferecer solução (ob. cit., p. 213, conclusão 10: “A convergência dos objetivos descritos pelo legislador exige reflexão sobre o papel que o juiz exerce na recuperação judicial, bem como impõe buscar no sistema positivo soluções que permitam fazer coexistir interesses exclusivamente privatísticos com os fins publicísticos acentuados num mesmo dispositivo”).

¹⁴² “Nesse contexto, cabe à doutrina o importante papel de completar as lacunas e contribuir para a interpretação da nova Lei Falimentar, sobretudo no que diz respeito à fixação dos princípios que devem nortear a manifestação de vontade do devedor e dos credores no processo de recuperação judicial e, por consequência, que guiarão a intervenção jurisdicional para corrigir eventuais desvios. Para tanto, seria fundamental e útil ao aperfeiçoamento do sistema o estudo de princípios como *best-interest-of-creditors*, *unfair discrimination* e *fair and equitable*, hauridos do direito

Discorda-se, *data venia*, da solução proposta pelo autor. A solução está no exercício da jurisdição em 2 (duas) partes: uma homologatória, sem intervenção judicial sobre o conteúdo negociável do plano (isto é, o pedido, tal como estabelecida sua procedência), e outra, jurisdicional, de controle dos fatos em razão dos quais a lei permitiu excepcionar o direito de propriedade e a força obrigacional dos contratos, quais sejam: (i) crise (para impedir o enriquecimento sem causa pela fraude), (ii) a viabilidade da empresa (para justificar a exceção da decisão do mercado) e (iii) viabilidade do plano (para justificar que as atividades empresariais continuem sendo conduzidas pelo devedor).

Num segundo momento, reconheceu-se a possibilidade de o juiz controlar os requisitos formais de deliberação assemblear, como convocação, quórum de instalação, quórum de deliberação, abusividade de votos etc.

Posteriormente, erigiu-se o entendimento de que, além do controle da validade da deliberação assemblear, o juiz devia controlar também a validade, formal e material, das cláusulas do plano, aplicando-se as limitações impostas por normas cogentes. Esse entendimento foi estabelecido, sem voz dissidente, a partir do acórdão proferido pelo TJSP no julgamento de agravo interposto contra decisão que deferira pedido de recuperação formulado por Cerâmica Gyotoku S.A.¹⁴³

Na sequência, esse entendimento foi endossado pelo STJ¹⁴⁴
¹⁴⁵. Aquela Corte, entretanto, fez questão de manifestar o entendimento de que a viabilidade do plano não possa ser analisada pelo juiz.^{146 147}

comparado, sempre, porém, com a preocupação de adaptá-los e modifica-los em função da realidade econômica e social brasileira". (ob. cit., p. 199).

¹⁴³ O já citado AI 0136362-29.201.8.26.000, j. 28.02.2012, Rel. Des. PEREIRA CALÇAS.

¹⁴⁴ Assim: "A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial". (REsp 1314209/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 01/06/2012)

¹⁴⁵ E também: "Submete-se a controle jurisdicional a análise do preenchimento das condições prévias à concessão da recuperação judicial e das exigências legais relativas à elaboração e à

Há, de fato, uma rejeição à ideia de que o juiz, apesar de deliberação pela aprovação do plano, indefira a modificação das obrigações.¹⁴⁸

¹⁴⁹ A ideia contrária, contudo, isto é, de não decretar a falência do devedor mesmo quando o plano seja rejeitado ou quando a assembleia aprove proposta pela falência do devedor, encontra adeptos.^{150 151}

aprovação do plano. Inteligência do art. 58, caput, da Lei n. 11.101/2005". (REsp 1388051/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 23/09/2013)

¹⁴⁶ Nesse sentido (e muito claramente): *"Cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia (art. 58, caput, da Lei n. 11.101/2005), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear. O magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito -, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, Enunciados n. 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ"*. (REsp 1359311/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 30/09/2014)

¹⁴⁷ PAULO F. C. SALLES DE TOLEDO, à luz do argumento (do qual se discorda) de que a assembleia de credores equivaleria à assembleia das sociedades e invocando as Ementas também acolhidas pelo STJ, concluiu, recentemente, pela impossibilidade de o juiz fazer juízo de mérito na recuperação: *"Também aqui se pode observar total consonância com a exposição acima apresentada. Com efeito, ao ingressar na análise econômico-financeira do plano o juiz estará ultrapassando o limite correspondente ao controle da legalidade. Estará penetrando no exame do mérito das negociações, e este é um terreno reservado exclusivamente às partes. Não lhe cabe substituí-las, e sim verificar se o acordo a que chegaram tem ou não respaldo jurídico"*. (O Plano de Recuperação e o Controle Judicial da Legalidade, in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 16, Revista dos Tribunais, São Paulo, abril-jun/2013, p. 323). A manifestação de vontade de se submeter à decisão da maioria assemblear, presente na sociedade, não existe na assembleia de credores. Nem mesmo o ato de contratar com devedor empresário exprime essa vontade, porque não se pode controlar o percentual do crédito no conjunto de credores que serão submetidos à recuperação judicial.

¹⁴⁸ FÁBIO ULHOA COELHO foi o primeiro a se manifestar contra esse entendimento (ob. cit., p. 161-162 – grifou-se): *"Diante desse quadro, fica fácil perceber que se o devedor submeter à Assembléia dos credores um blá-blá-blá, como provavelmente ninguém terá plano alternativo a oferecer, a tendência será a de aprovação de um plano vazio de conteúdo. Devemos nos preocupar com esse tópico. Mesmo nos países com mais experiência em recuperação judicial de empresas, nos quais a medida também depende da demonstração da viabilidade econômica do devedor, como nos Estados Unidos, os juízes tergiversam com o rigor da lei e beneficiam devedores inviáveis, em prejuízo dos credores. Pela lei brasileira, os juízes, em tese, não poderiam deixar de homologar os planos aprovados pela Assembléia dos Credores, quando alcançado o quórum qualificado da lei. Mas, como a aprovação de planos inconsistentes levará à desmoralização do instituto, entendo que, sendo o instrumento aprovado um blá-blá-blá incontestes, o juiz pode deixar de homologá-lo e incumbir o administrador judicial, por exemplo, de procurar construir com o devedor e os credores mais interessados um plano alternativo"*. Prejuízo é aos credores, mas, sobretudo, ao mercado. Quanto à conclusão, defende-se nesta tese que, pela lei brasileira, o juiz não apenas pode como deva indeferir o pedido se o plano for inconsistente, sob pena de, ao não exercer jurisdição, renunciar à soberania do país.

¹⁴⁹ Esse entendimento funda-se, principalmente, no argumento de que o Judiciário seria incapaz de fazer essa análise, do que se discorda, na linha do que defendeu RICARDO NEGRÃO (ob. cit., p. 212-213): *"A pretensão de desjudicialização do processo concursal, sustentada por parte da doutrina que recepcionou a Lei n. 11.101/2005, encontra-se na contramão da evolução legislativa de outras nações. O argumento de que o sistema judicial brasileiro é ineficiente e, portanto, deve reservar ao magistrado o papel de mero observador das negociações não se coaduna com o avanço pretendido com a Lei n. 11.101/2005 nem atende os interesses das partes em litígio"*.

¹⁵⁰ Por exemplo, CARLOS HENRIQUE ABRÃO (ob. cit., p. 273-274). Discorda-se, contudo, porque o juízo sobre a conveniência da quebra do devedor compete, sim, exclusivamente aos credores. O

Também há uma contradição no posicionamento jurisprudencial a respeito a matéria, quando se observa o quadro como um todo. De um lado, entende-se que o juiz não possa analisar a viabilidade do plano para deferir ou não a recuperação. Todavia, uma vez concedida a recuperação, impede que os credores não sujeitos à recuperação satisfaçam seus créditos, determinando que os atos expropriatórios sejam decididos pelo juízo da recuperação (a despeito de não existir norma nesse sentido) para **impedir que o plano seja descumprido e a empresa não seja mantida**. Isso significa que, embora não queira fazer juízo sobre a probabilidade de que o plano seja cumprido antes de deferir a recuperação, **o Estado-juiz queira garantir**, depois da concessão, **o cumprimento do plano**, impedindo que outros credores tenham acesso ao acervo patrimonial do devedor.

Soa, entretanto, muito mais grave que o juiz, estando convencido de que não exista crise, ou de que a empresa não seja viável, ou, ainda, de que o plano jamais será cumprido, porque claramente inviável, dado o simples fato de os documentos contábeis do devedor mostrarem a incapacidade de gerar excedentes para fazer os pagamentos propostos.

Esse posicionamento deve ser debitado a **2 (dois) dogmas equivocados**.

O primeiro dogma é o de que só seria possível a manutenção da empresa no processo de recuperação. Entretanto, a manutenção da empresa pode ser feita inclusive na falência e a lei oferece instrumentos para que isso aconteça: nomeação provisória de um gestor e venda da empresa, em conjunto, inclusive com os contratos, com a garantia irrestrita de que não haverá nenhuma

problema está em confundir a falência do devedor com a liquidação da empresa. O devedor deve falir. A empresa viável deve ser mantida, sob condução de outro empresário.

¹⁵¹ Corretamente, no sentido de que o magistrado está impedido de afastar a falência do devedor, RICARDO NEGRÃO (ob. cit., p. 215, conclusão 26): “O critério econômico de validação da concordata – equivalência de sacrifícios – permanece como fiel a dar equilíbrio entre o interesse dos credores e a preservação da empresa economicamente viável. Contudo, não foi previsto pelo legislador que preferiu afastar-se da legislação comparada. Com isso, o magistrado estará impedido de decidir, com esse fundamento, pela concessão da recuperação de empresa viável e afastar deliberação obstrutiva de credores reunidos em assembléia”.

sucessão ao empresário adquirente. A sorte do devedor é diferente da sorte da empresa. A recuperação judicial, embora contenha por objeto a tutela do devedor, em por finalidade a tutela do interesse coletivo de manutenção da empresa, e este sobrepõe-se aos interesses do devedor e dos credores.

O segundo dogma é o de que a decisão dos credores represente uma “solução de mercado”. Em verdade, os credores são apenas um grupo de agentes do mercado, com representatividade maior ou menor, conforme cada caso concreto. Não são o principal agente de mercado (o consumidor) e não votam de acordo com o interesse de manutenção da empresa, mas, sim, de acordo com o motivos diversos, que vão desde o mais óbvio (satisfação do crédito), passam por alguns legítimos (impor a falência como sanção) e podem chegar aos mais mesquinhos (obtenção de vantagem indevida). Aliás, é bem claro o fato de credores votarem de acordo com a relação econômica que tiverem com o devedor, e não em razão da análise de viabilidade do plano.¹⁵² Trabalhadores e fornecedores tendem a votar a favor do plano, por temerem que a falência lhes traga, respectivamente, a perda do emprego e a perda de um cliente (fonte de faturamento). Credores com garantia real tendem a votar contra o plano por ocuparem a segunda posição na ordem de pagamento dos créditos concursais na falência (artigo 83). Credores quirografários tendem a votar a favor do plano por ocuparem apenas a quarta posição na ordem de pagamento dos créditos concursais na falência, recebendo algo apenas na remota hipótese de os recursos forem suficientes para pagar créditos extraconcursais, trabalhistas, com garantia real e tributários.

A incongruência é clara. A lei quer (i) a superação da crise, e não a fraude, (ii) a manutenção da empresa viável, e não a alocação ineficiente dos recursos, e (iii) um plano viável, e não uma promessa vazia. Entretanto, aceita-se como definitivo, imune de controle judicial, uma decisão (a dos credores,

¹⁵² O que muito bem identificou FRANCISCO SATIRO SOUZA JÚNIOR, sem, contudo, alcançar a conclusão de que o “mantra” de que a aprovação do plano pelos credores reunidos em assembleia seja imaculada (*Autonomia dos Credores na Aprovação do Plano de Recuperação Judicial*, in *Direito Empresarial e Outros Estudos de Direito em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*, CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro, WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge e GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (coord.), Quartier Latin, São Paulo, 2013, pp. 100-113.)

em assembleia) que claramente é tomada sem ter em mente esses objetivos. Trata-se de uma ficção para a qual urge abrir os olhos.

Sob o ponto de vista processual, esse posicionamento não tem fundamento constitucional, nem legal.

Para entender a natureza do fenômeno é preciso separar a atividade jurisdicional exercida no processo de recuperação judicial em 2 (duas) partes distintas.

A primeira delas diz respeito ao modo como as obrigações serão alteradas. Esse é o “conteúdo negocial” do plano a respeito do qual o juiz não pode interferir, exceto para fazer valer os limites legais à autonomia de vontade das partes.¹⁵³ Trata-se do pedido do processo, o qual as partes fixam livremente (artigo 460 do CPC). O juízo sobre a validade da deliberação assemblear insere-se no âmbito da validade do ato processual (artigos 245 e seguintes do CPC) e o juízo sobre a observância dos limites impostos por normas cogentes insere-se no juízo homologatório (ponto “b” mencionado por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO na última nota de rodapé).

A segunda delas diz respeito à presença dos requisitos legais que autorizam modificar as obrigações (tutela constitutiva) e manter o devedor na condução da empresa (efeito secundário da sentença). Esse juízo somente pode ser feito pela jurisdição estatal, não podendo haver “jurisdição privada” (isto é,

¹⁵³ Sobre o juízo homologatório, confira-se CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “Por isso, cumpre ao juiz proceder apenas ao exame externo dos atos dispositivos, mediante uma atividade que se chama deliberação: assim como o enólogo prova pequenas doses do vinho em busca da descoberta de seu sabor e controle de qualidade, assim também o juiz permanece na periferia do ato das partes, em busca dos requisitos de sua validade e eficácia. São cinco os pontos que lhe cumpre verificar, mas nenhum deles referente aos possíveis direitos das partes: a) se realmente houve um reconhecimento, transação ou renúncia; b) se a matéria comporta ato de disposição (CC, art. 1.035); c) se os contratantes são titulares do direito do qual dispõem total ou parcialmente; d) se são capazes de transigir; e) se estão adequadamente representados. Esses pontos dizem respeito à ordem pública e constitui dever do juiz a sua verificação, quer alguma das partes a haja requerido ou mesmo de ofício – negando homologação ao ato se lhe faltar algum dos requisitos, um só que seja. Ao proceder a esse exame, o juiz exerce atividade tipicamente estatal, caracterizada como jurisdição. É jurisdicional o ato homologatório, em oposição ao caráter negocial do ato a ser homologado. Somados, ambos produzem o mesmo resultado de uma sentença que efetivamente julgasse o *meritum causae* e por isso é que o Código de Processo Civil

exercida pelos credores em assembleia) quer em razão da indisponibilidade do interesse coletivo da manutenção da empresa, quer em razão de manifestação dos credores dissidentes de renúncia à jurisdição estatal (e à soberania)¹⁵⁴, conforme artigo 1º da Lei 9.307/1996 e artigo 5º, XXXV, CF).

Não resta dúvida, portanto, de que o juiz deva, sim, controlar a existência dos fatos constitutivos do direito à modificação das obrigações do devedor, assim como a ausência dos fatos impeditivos e extintivos, quer no deferimento da recuperação por ausência de objeção, quer no deferimento por aprovação do plano em assembleia por maioria ampla, quer deferimento por aprovação de maioria mínima (a que autoriza o *cram down*).

O ônus da prova dos fatos constitutivos – relembre-se – é do autor da demanda, isto é, do devedor, em benefício de quem a tutela constitutiva é outorgada (artigo 333, I, do CPC) e o comportamento dos credores (ausência de objeção ou aprovação do plano) não gera presunção nem assunção de veracidade de tais alegações no que permite ao interesse coletivo de manutenção da empresa (artigo 302, I, c/c 351 do CPC).

De todo modo, caso o juiz não esteja convencido da veracidade das alegações, poderá determinar a realização de perícia, neste caso, de ofício, dada a indisponibilidade do interesse coletivo atingido pela decisão sobre o objeto do processo (artigos 130 e 420 do CPC).¹⁵⁵ Não se pode esquecer, de todo modo, que o juiz não estará vinculado à conclusão do laudo pericial

animou-se a encaixá-los no tratamento da extinção do processo com julgamento do mérito (arts. 269, incs. II, III e V)". (Instituições..., ob. cit., p. 268-269).

¹⁵⁴ "Por isso é que o **Estado moderno**, não renunciando à incontestável supremacia exercida no plano interno, **reserva-se a última palavra sobre os assuntos entre particulares e igualmente entre estes e as entidades intermediárias (princípio da inafastabilidade) e veda qualquer atividade coercitiva que não seja sua**. Franquear a coerção e permitir decisões incensuráveis valeria por renunciar à soberania. O exercício da jurisdição e a sua promessa solene têm, portanto, esse expressivo significado político de enérgica afirmação da soberania". (CANDIDO RANGEL DINAMARCO, *A Instrumentalidade...*, ob. cit., p. 97-98).

¹⁵⁵ No direito brasileiro, o juiz não conta sequer com parecer técnico contratado pelo devedor, ao contrário do direito italiano, que exige, como documento essencial da demanda de *concordato preventivo*, uma *attestazione della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano*. Daí a importância da perícia.

porque o juiz é o perito dos peritos, podendo fundamentar sua decisão noutros elementos dos autos (artigos 131 e 436 do CPC).¹⁵⁶

À luz dessas considerações, cumpre analisar as hipóteses de deferimento da recuperação.

Há 3 (três) situações distintas nas quais a recuperação pode ser concedida: (i) quando não houver objeção, (ii) quando houver aprovação pelas 4 (quatro) classes de credores previstas no artigo 41, computados os votos na forma do artigo 45, e (iii) quando houver aprovação de pelo menos em 2 (duas) classes, com votos favoráveis de 1/3 nas outras 2 (duas) classes e o plano não estabelecer tratamento diferenciados entre os credores da(s) classe(s) que o tiver(em) rejeitado (artigo 58, § 1º).

Na primeira situação, a ausência de objeção significa que todos os credores concordaram com a procedência do pedido do devedor de modificar as obrigações na extensão proposta no plano.¹⁵⁷ Isso, contudo, não autoriza o deferir a recuperação sem que estejam comprovados os fatos constitutivos do direito alegado pelo devedor (crise, viabilidade da empresa e viabilidade), atividade que tem a ver com o exercício da jurisdição em razão do efeito secundário de manutenção da empresa sob condução do devedor. Vale dizer, o comportamento dos credores no processo não afeta (e não pode afetar) o interesse coletivo de manter a empresa, justamente porque os credores não têm legitimidade para defendê-lo e, sobretudo, porque ele é indisponível.

O ato de apresentação de objeção, por um litisconsorte que seja, aproveita todos os demais credores (por expressa disposição de lei), os quais, mesmo não tendo objetado o plano, poderão votar pela falência do devedor, ou pela rejeição do plano, ainda que ele não sofra modificações. Está-se falando, portanto, em “concordar condicionalmente” com a procedência do pedido.

¹⁵⁶ DINAMARCO, *Instituições...* (ob. cit., v. III, p. 596).

¹⁵⁷ DINAMARCO, *Instituições...* (ob. cit., v. II, p. 476): “Os efeitos processuais das omissões resultam sempre da lei e não necessariamente da vontade daquele que se omitiu com alguma segunda intenção; esses efeitos impor-se-ão em casos concretos como resultado da omissão consumada, em confronto com o dever ou ônus de realizar o ato omitido”.

Relembre-se que o processo de recuperação é diferenciado e que o processo deve adaptar-se à relação jurídica de direito material que lhe subjaz. Assim, se até a coisa julgada é condicional (artigo 61, § 2º), porque a concordância com a procedência do pedido não poderia sê-lo? Está-se falando, também, em concordar com a procedência do pedido sem constituir procurador com poderes especiais para tanto. Isso não causa estranheza porque o artigo 58 é especial em relação ao artigo 38 do CPC.

Ao votar pela aprovação do plano, o credor reconhece a procedência do pedido. Ao não se apresentar o credor concorda em submeter-se à vontade da maioria (formada segundo os critérios da lei), quer quanto ao juízo da conveniência (proposta de falência ou rejeição do plano), quer quanto à manifestação de reconhecimento da procedência do pedido.

Do reconhecimento da procedência do pedido manifestada tanto pelos que assim se manifestaram expressamente (voto de aprovação do plano), quanto pelos que aceitaram se submeter à vontade da maioria (segundo apurado em assembléia) decorre a falta de interesse recursal em modificar eventual decisão que defira a recuperação. Trata-se de preclusão lógica.¹⁵⁸ Admitir o recurso, nesses 2 (dois) casos seria admitir o *venire contra factum proprio*. Sem prejuízo restará, contudo, o interesse recursal que se voltar contra a parte homologatória da decisão, dentro da qual se contra (i) a validade da deliberação assemblear e (ii) a não violação de normas cogentes.

Todavia (e aqui está o ponto fundamental), a **minoria dissidente**, formada pelos credores que tiverem votado pela rejeição do plano, terá total interesse em obter a reforma de futura decisão que deferir a recuperação. Quando o fizer, não recorrerá no interesse coletivo da manutenção da empresa (essa legitimidade cabe ao Ministério Público), mas discutirá os fatos constitutivos, impeditivos e extintivos do direito alegado para salvaguardar a **lesão ao seu direito**, taxando-a por ilegal em razão da ausência dos requisitos fáticos que, **se estivessem presentes**, autorizariam a exceção à propriedade e a força coercitiva das obrigações jurídicas.

O reconhecimento do pedido manifestado pela maioria dos credores não se estende aos credores dissidentes. JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA¹⁵⁹ defendeu o contrário, posicionando-se com JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹⁶⁰ e contrariamente a CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹⁶¹, defendia que, no litisconsórcio unitário (em que a decisão precisa ser uniforme em relação a todos os litisconsortes – como ocorre no caso da recuperação judicial), essa extensão era possível, desde que a lei assim o determinasse. Em célebre texto, usou como exemplo as hipóteses de deliberação em sociedades e em propriedade condominial. A situação da recuperação judicial é, todavia, diferente daquelas porque **não há prévia manifestação de vontade dos credores em se submeter à decisão da maioria** (exceto em relação aos credores que preferam não comparecer à assembleia).

Somente assim (observando a autonomia de vontade ou livre-arbítrio e o exercício da jurisdição como ato de soberania) é possível compor os diversos interesses envolvidos, inclusive os dos credores dissidentes, que não se manifestaram pela jurisdição privada, quer no ato de constituição do crédito, quer na constituição do litisconsórcio passivo (instituto completamente diferente de da sociedade e que, por isso, não faz incidir a regra de sujeição à decisão da maioria).

Não há diferença nenhuma, sob o ponto de vista da avaliação dos fatos relativos ao direito alegado, entre o juízo feito diante da aprovação pelas 4 (quatro) classes e aquele feito diante da aprovação por pelo menos 2 (duas)

¹⁵⁸ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (*Instituições...*, ob. cit., v. II, p. 455).

¹⁵⁹ “O que de tudo isso se extrai, para o caso do reconhecimento do pedido por um só ou alguns dos réus, sendo unitário o litisconsórcio, e que o princípio a ineficácia desse reconhecimento vale apenas como regra geral – intuitiva, aliás – mas sem caráter absoluto, porque só se aplica aos casos em que esses réus não tenham disponibilidade sobre o direito à produção do efeito pretendido. Não se aplica porém às hipóteses em que a lei lhes atribua essa disponibilidade porque, em tal caso, a necessidade de decisão uniforme para todos os litisconsortes conduz à necessidade de que estendam aos demais litisconsortes, os efeitos do comportamento determinante de um deles”. (*Litisconsórcio unitário, eficácia do reconhecimento do pedido por um só dos réus na ação de dissolução de sociedade*, Revista do Advogado, AASP, São Paulo, n. 40, jul/1993, p. 15).

¹⁶⁰ *Litisconsórcio Unitário*, Forense, Rio de Janeiro, 1972, p. 221-222.

classes, com observância de 1/3 de votos favoráveis na classe(s) restante(s). Somente o requisito da “ausência de tratamento diferenciado de credores da mesma classe” difere ambas as deliberações. Entretanto, ambas são aprovações do plano por uma parte dos credores. No primeiro caso, uma parte maior e, no segundo caso, uma parte menor. Com isso, o número de credores com interesse em recorrer de futura decisão de deferimento da recuperação será maior ou menor conforme o caso.

Não se pode dizer, ademais, que os credores concordantes com o plano tenham interesse em recorrer da decisão que o indefira. A eles sempre restará a possibilidade de renunciarem seus créditos ou de transacionarem com o devedor (inclusive nos termos do que haviam concordado para o plano), sem necessidade de tutela jurisdicional nesse sentido.

Para concluir, 4 (quatro) observações precisam ser feitas.

A criação de uma nova classe de credores (credores titulares de microempresas e empresas de pequeno porte – artigo 41, IV – Lei Complementar 114/2014) robustece a tese aqui defendida. A alteração legislativa passou a permitir o deferimento da recuperação quando (i) houver aprovação por 2 (duas) classes que votam por cabeça (trabalhadores e credores titulares de ME/EPP), (ii) houver aprovação de pelo menos 1/3 na(s) classe(s) restante(s) e (iii) o plano não contiver tratamento diferenciado para credores da mesma classe. Ampliou-se a possibilidade de o devedor conseguir modificar suas obrigações “desenhando” previamente seu grupo de credores e combinando os votos. É mais uma razão (embora não seja determinante) para admitir que o Estado-juiz faça juízo de mérito e, conseqüentemente, analise não só a viabilidade do plano, mas a viabilidade da empresa e a existência de crise econômico-financeira também.

A segunda consideração diz respeito ao juízo sobre a viabilidade do plano. Plano viável é o que seja provável de ser cumprido.

¹⁶¹ “Ao direito repugna, e isso é intuitivo, que pudesse alguém, mediante ato unilateral de sua vontade, criar uma situação favorável a si próprio, em detrimento de outrem, como que numa atitude de liberalidade à custo de direitos alheios”. (Litisconsórcio, RT, São Paulo, 1984, p. 99).

Observa-se o passivo, tal como proposto no plano, as medidas de recuperação sugeridas e a capacidade da empresa de gerar excedentes. Se se concluir ser provável que as obrigações serão cumpridas, o plano é viável. Esse juízo não representa nenhuma garantia e o Estado-juiz está absolutamente isento de qualquer responsabilidade. A alteração futura das condições econômicas, como, por exemplo, um endividamento do devedor por má-administração, ou o acontecimento de uma crise econômica por fatores nacionais ou internacionais, enfim, por qualquer motivo, não modifica a necessidade de que se faça um juízo à luz dos fatos deduzidos para justificar a alteração das obrigações do devedor.

A terceira consideração diz respeito ao papel do Direito Comercial e do Direito Econômico no debate e conceituação dos conceitos de crise econômico-financeira, empresa viável e viabilidade de empresa. O objetivo do processualista é identificar a causa de pedir, isto é, os fatos jurídicos descritos pela lei e aos quais a lei prescreve eficácia (criando, extinguindo ou modificando relação jurídica). Todavia, os fatos acima referidos exigem conhecimentos técnicos para serem aferidos. Todos eles são conclusões que se retiram da análise de um conjunto de fatos: ativo, passivo, faturamento, endividamento, número de empregados, unidades produtivas, participação no mercado, situação econômica local, regional, nacional e internacional, custo de produção, custo de oportunidade, etc. Analisá-los cabe aos estudiosos do direito material.

Finalmente, a quarta consideração diz respeito aos deveres de litigância de boa-fé impostos a todos os litigantes, seja de que processo for. O entendimento de que o juízo de mérito deva ser feito é um contexto diferente do atual, que, portanto, influenciará e, conseqüentemente, alterará as condutas do devedor e dos credores. O devedor procurará apresentar planos viáveis. Os credores considerarão, no processo para decidir o voto, a viabilidade da empresa e a do plano, dada a possibilidade de que o pedido do devedor seja indeferido. Todos os envolvidos tenderão a dispensar mais atenção aos inúmeros documentos essenciais que a lei quer sejam apresentados e às considerações técnicas feitas sobre eles. Trazer o debate sobre a presença dos requisitos legais em razão dos quais a lei justificou a modificação das obrigações implicará, em última análise, melhor acuidade na solução da crise da empresa, destinando-a por

inteiro a terceiros, ou realizando a mais rápida possível realocação de seus ativos, no maior nível de aglutinamento que for possível.

XIX. DECISÕES, EFEITOS PROCESSUAIS E MATERIAIS E IMUTABILIDADE DESSES EFEITOS

As principais decisões da recuperação judicial são: (i) processamento da recuperação (artigo 52), (ii) julgamento das impugnações de crédito, (iii) destituição do devedor ou dos administradores (artigo 64), (iv) homologação do quadro geral de credores (artigo 18), (v) deferimento ou indeferimento da recuperação judicial (artigo 58), (v) extinção do processo sem julgamento do mérito, (vi) encerramento da recuperação (artigo 63) e (iv) convolação da recuperação em falência (artigo 73).

XIX.1. Deferimento do Processamento da Recuperação

O processamento da recuperação não está condicionado apenas à documentação exigida pelo artigo 51, ao contrário do que a simples leitura do artigo 52 sugere.

A recuperação judicial é um processo (especial) de conhecimento. O autor da demanda tem, portanto, o ônus de deduzir a demanda com todos os seus elementos (indicando os credores e deduzindo a causa de pedir e o pedido) e devem estar presentes os requisitos (positivos e negativos) de constituição e desenvolvimento válido do processo (entre eles, o principal: a aptidão da inicial) e as condições da ação. **Se, *ab initio*, estiverem ausentes, o processamento da recuperação não poderá ser deferido.** O primeiro contato com a petição inicial é o momento em que o juiz deve analisar a presença dos requisitos processuais, embora nada impeça que a análise seja feita posteriormente.

Os artigos 1º, 2º e 48, § 1º, dizem respeito à legitimidade ativa. A legitimidade passiva é regulada pelo artigo 49 (titulares dos créditos sujeitos à recuperação). O interesse de agir (necessidade, adequação e utilidade da tutela constitutiva de alteração das obrigações) é analisado (*in status assertiones*, como a legitimidade, isto é, de acordo com o que for alegado na inicial) e à luz das

alegações de crise econômico-financeira e viabilidade da empresa, bem como dos documentos indispensáveis à propositura da demanda.

O artigo 47 e 51, I, delimitam os fatos constitutivos do direito alegado, isto é, a causa de pedir remota que justifica o pedido de alteração das obrigações. O artigo 51, II e III, declina os documentos essenciais da demanda (cuja presença constitui um requisito de constituição e desenvolvimento válido do processo), os quais fornecem os elementos necessários para formar juízo a respeito da existência de crise econômico financeira, da viabilidade da empresa e, posteriormente, da viabilidade do plano. Nesse momento, porém, o juiz controlará apenas a presença dos documentos.¹⁶² Se os documentos não estiverem presentes, deve-se conceder prazo para que a petição inicial seja emendada (artigo 106, analogamente, e artigo 106 do CPC).

A decisão que defere o processamento da recuperação tem natureza de decisão interlocutória e o artigo 52 determina que o juiz dê uma série de ordens. Entre elas, 3 (três) não precisariam de comando judicial e poderiam decorrer da simples existência de decisão de deferimento do processamento da recuperação. Trata-se da suspensão das ações e execuções (exceto exceções legais), da obrigação do devedor de apresentar contas demonstrativas mensais, e da dispensa de certidões negativas de dívida para o exercício das atividades do devedor. Tais consequências poderiam ser automáticas, porque independem da presença de qualquer outro requisito senão aqueles que autorizam o processamento da recuperação.

Evidentemente, os credores sujeitos à recuperação poderão recorrer da decisão¹⁶³, especialmente caso estejam ausentes as condições da ação ou os requisitos de constituição e desenvolvimento válidos do processo. A

¹⁶² No direito italiano, o devedor deve apresentar o relatório de um “auditor contábil” (um profissional com conhecimentos em contabilidade, direito e economia) que ateste a **veracidade dos dados da empresa** (situação patrimonial, econômica e financeira, situação da atividade empresarial, relação de credores, créditos e classificação, valores dos bens do devedor e credores de eventuais sócios ilimitadamente responsáveis pelas obrigações do devedor (artigos 161 e 67 da *Legge Fallimentare*)).

¹⁶³ Nesse sentido, o Enunciado 52 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “52. A decisão que defere o processamento da recuperação judicial desafia agravo de instrumento”.

decisão gera efeitos processuais e materiais para os credores sujeitos à recuperação. Entre os processuais, a suspensão das ações e execuções em face do devedor.¹⁶⁴ Entre os materiais, a suspensão da prescrição, da exigibilidade do crédito perante o devedor e da cessação da incidência de juros de mora¹⁶⁵.

É, portanto, cabível questionar a legalidade da decisão. Pode ocorrer, por exemplo, de os documentos essenciais não estarem completos ou não atenderem os requisitos legais, situação que pode ter passado despercebida pelo juízo de primeiro grau, mas que, certamente, podem ser discutidas em segundo grau. Entretanto, ao questionar a legalidade da decisão, os credores não poderão questionar a veracidade dos documentos e/ou informações apresentadas. Os dados poderão ser impugnados posteriormente, em objeção e no exercício do direito de voz na assembleia, com a finalidade de discutir a (in)viabilidade da empresa e/ou do plano.

O recurso cabível é o agravo (dada a natureza da decisão) e a forma instrumental (dado não fazer sentido aguardar sentença de extinção da recuperação para reiterar agravo na forma retida).

De outro lado, decisão que indefira o processamento, quer por falta de condições da ação ou requisitos de constituição processual (sem julgamento do mérito) ou que julgue improcedente o pedido por identificar fato

¹⁶⁴ Apesar da clareza do artigo 49, § 1º, os codevedores e garantidores do devedor em recuperação insistiram na tese de que a suspensão lhes aproveitaria, o que foi corretamente afastado pelo STJ: *“Não se suspendem, porém, as execuções individuais direcionadas aos avalistas de título cujo devedor principal é sociedade em recuperação judicial, pois diferente é a situação do devedor solidário, na forma do § 1º do art. 49 da referida Lei. De fato, “[a] suspensão das ações e execuções previstas no art. 6º da Lei n. 11.101/2005 não se estende aos coobrigados do devedor” (Enunciado n. 43 da I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ)*”. (AgRg no REsp 1342833/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 21/05/2014).

¹⁶⁵ A cessação da contagem dos juros de mora merece uma observação especial. O crédito deve ser habilitado pelo valor atualizado até a data do pedido de recuperação (artigo 9º, II). O correto, contudo, seria que fosse atualizado até a data do processamento da recuperação. Isso evitaria a estratégia leviana de pedir recuperação sem ter a documentação completa e fornecê-la pouco a pouco, ou então distribuí-la perante juízo incompetente, ou adotar qualquer estratégia que atrase o processamento da recuperação exclusivamente para prolongar o prejuízo dos credores. Imagine-se a hipótese em que um credor esteja prestes a obter a satisfação do crédito pela adjudicação de um bem e que o devedor, sem apresentar os documentos essenciais, peça recuperação exclusivamente para impedir a satisfação do crédito.

impeditivo (comprovado) do direito à modificação das obrigações (artigo 48), terá natureza de sentença e será recorrível por apelação.

Diante dessa ordem de considerações, pode-se formar o seguinte quadro resumo:

Decisão de processamento da recuperação	
Requisitos	Presença das condições da ação e pressupostos processuais (artigos 1º, 2º, 47 e 51)
Principais efeitos processuais	Suspensão por 180 (cento e oitenta dias) das ações e execuções movidas contra o devedor, exceto (i) de créditos tributários, (ii) de quantias ilíquidas, independentemente da natureza do crédito e (iii) de créditos não sujeitos à recuperação (artigos 6º, 49 e 52, III)
Principais efeitos materiais	Suspensão da prescrição e exigibilidade dos créditos em face do devedor e cessação da contagem dos juros de mora (artigos 6º e 9º, II)
Recurso cabível	Agravo de Instrumento (contra decisão que defira o processamento)

XIX.2. Decisão de impugnação de crédito

Na formação do quadro-geral de credores, o processo passa pelo (i) controle da existência da relação inicial de credores (elaborada pelo devedor), (ii) julgamento, pelo administrador judicial, das habilitações de crédito, (iii) garantia do direito à ampla defesa e contraditório no acesso a todos os documentos que deram lastro à segunda lista de credores (elaborada pelo administrador), (iv) julgamento das impugnações de crédito e (v) no julgamento das demandas de retificação do quadro-geral de credores.

Pelo que consta dos artigos 8º, 11, 12, 15 a 17, a impugnação tem procedimento de incidente, pois não inaugura relação processual distinta e termina com decisão interlocutória, recorrível por agravo de instrumento. Não se

trata, portanto, de nova demanda dentro do processo de recuperação. Isso porque o julgamento da impugnação de crédito **visa exclusivamente** fazer o crédito constar ou ter natureza e/ou valor alterado da lista de credores. A decisão que julga a impugnação não é sequer título executivo. No processo de recuperação judicial, o único título executivo é produzido resulta da soma do quadro-geral de credores, com o plano e a decisão homologatória do plano, como está claro no artigo 59, § 1º.¹⁶⁶

Na impugnação, a cognição sobre a existência, classificação e valor do crédito constitui exclusivamente a fundamentação da decisão. O dispositivo, além de não declarar crédito, nem condenar a pagamento, contém apenas ordem de exclusão, inclusão ou alteração da relação de credores. A decisão não constitui o crédito e tem natureza exclusivamente processual.

Argumenta-se que o fato de haver cognição exauriente sobre a existência do crédito, com ampla possibilidade de produção de prova (documental, pericial e oral) e garantia do contraditório, justificaria a criação de coisa julgada material **acerca do crédito**.¹⁶⁷ ¹⁶⁸ O argumento, contudo, não procede.

Em primeiro lugar, a impugnação pode ser julgada improcedente sem que se faça cognição sobre os fatos, mas apenas com fundamento na circunstância processual de o credor não ter produzido a prova a respeito da origem do crédito.

¹⁶⁶ O dispositivo menciona que a decisão de homologação é título executivo, mas é óbvio que a decisão, por si só, não basta. A descrição da obrigação (com os atributos de liquidez e exigibilidade) constam do plano, e não da decisão. Os titulares dos créditos constam da lista de credores, e não da decisão.

¹⁶⁷ Entre outros, embora tratando da impugnação em falência, e não em recuperação judicial: *“Uma vez considerada a natureza de sentença do ato que julga a ação incidental de habilitação de crédito, não há como deixar de defender a configuração e formação de coisa julgada nesses casos. Até mesmo porque não haverá mera aceitação do crédito declarado, mas uma profunda cognição e decisão sobre ele, respeitando o princípio do devido processo legal”* (RONALDO VASCONCELOS, *Direito Processual Falimentar*, Quartier Latin, São Paulo, 2008, p. 261).

¹⁶⁸ Também nesse sentido: GLADSTON MAMEDE (*Direito Empresarial Brasileiro*, v. 4, *Falência e Recuperação de Empresas*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 160-168).

Em segundo lugar, a coisa julgada não incide sobre os motivos (artigo 459, I), nem sobre a verdade dos fatos (artigo 469, II, do CPC), mas exclusivamente sobre o dispositivo, vale dizer, sobre a relação jurídica material declarada como conclusão da motivação. Ao decidir a impugnação, o juiz não declara a existência ou inexistência do crédito, nem condena o devedor a pagá-lo, no dispositivo da decisão. Após concluir estarem comprovados ou não os fatos constitutivos do crédito, raciocínio que fica restrito ao campo da motivação, **o juiz limita-se a determinar (ou não) a alteração, inclusão ou exclusão do crédito da lista de credores para proferir futura sentença homologatória**. O raciocínio é o seguinte: “inclua-se o crédito na relação porque ele existe no seguinte valor e com a seguinte classificação”. A lei não autoriza outorgar tutela declaratória, nem condenatória, de modo que, havendo pedido nesse sentido, deve ser excluído do incidente por falta de interesse de agir (inadequação da via eleita).

Em terceiro lugar, o direito à ampla defesa não corresponde àquele da ação de cobrança, ou, no caso de haver título executivo, àquele exercido em defesa de embargos de devedor. De fato, a decisão da impugnação não pode ser questionada via apelação, mas apenas via agravo (artigo 17), o que tolhe do credor o direito processual à sustentação oral e a possibilidade de revisão do julgamento pelos embargos infringentes (se o caso).¹⁶⁹

Em quarto lugar, a existência de cognição exauriente e a observância do devido processo legal **não necessariamente** conduzem à imunização dos efeitos da decisão em grau de coisa julgada material. Há que se considerar a natureza do provimento. Vale dizer: uma coisa assumir a existência do crédito como premissa para determinar sua inclusão ou retificação no quadro-geral de credores, outra, bem diversa, é declarar o crédito e ordenar que o credor o pague.

A circunstância de não haver coisa julgada material não afasta, contudo, a coisa julgada formal, de tal modo que, acolhida ou rejeitada a impugnação, a inclusão, alteração ou exclusão do quadro-geral de credores não

¹⁶⁹ Mesmo que fossem feitas alterações legais no procedimento, garantindo o direito à sustentação oral e o recurso de embargos infringentes, as demais razões prevaleceriam.

poderão mais ser discutidas naquele processo, nem mesmo se convolado em falência, porque o processo é rigorosamente o mesmo. Não haverá, contudo, nenhuma eficácia às relações jurídicas de direito material, de modo que o crédito que cuja habilitação tiver sido indeferida poderá (i) ser validamente pago e (ii) poderá ser exigido judicialmente após o encerramento da recuperação, facultado ao devedor obter, pela via ordinária, a declaração de inexistência da dívida, tutela que pode pleitear antes, durante e, como dito, depois da recuperação.

Admitir o contrário seria, portanto, forçar a existência de uma segunda coisa julgada material (meramente ratificadora) quando, por exemplo, a impugnação de crédito contiver pedido de inclusão de crédito já reconhecido em sentença de mérito proferida noutro processo. Não são raras as vezes em que a impugnação tem por objeto crédito reconhecido pelo Judiciário em processo de conhecimento com pedido condenatório (ações de cobrança, por exemplo). Além disso, muitas vezes a impugnação tem por objeto alteração de classificação ou retificação de valores. Haveria, então, coisa julgada material apenas para a classificação do crédito? Ou então coisa julgada material apenas para a diferença entre o valor incluído na relação de credores e aquele reconhecido como correto na decisão de impugnação? Evidentemente, as respostas são negativas.

Supondo que o crédito, embora reconhecido em sentença de prévio processo de conhecimento, não tenha sido lançado na primeira relação de credores pelo devedor, nem seja lançado pelo administrador (por falta de habilitação e de correta conferência dos documentos contábeis, ou ausência de registros contábeis), argumentar-se-ia que a decisão de impugnação relativa a esse crédito formaria uma segunda coisa julgada material, sobreposta àquela primeira?

E se a impugnação fosse feita com base nos instrumentos do crédito, sem juntada da sentença, entendendo o juízo da recuperação que o pedido de inclusão na lista devesse ser julgado improcedente por falta de prova da origem do crédito? Defender-se-ia a existência de uma coisa julgada (declaratória negativa) conflitante com aquela formada no processo de conhecimento precedente (condenatória)?

Supondo que, após a homologação do quadro-geral de credores, o devedor desistisse da recuperação com aquiescência da assembleia (artigo 52, § 4º), argumentar-se-ia que os credores poderiam usá-las como títulos executivos judiciais para pleitear tutela executiva?

As respostas todas são negativas.

No sistema brasileiro, o credor pode pedir tutela condenatória ou executiva para satisfazer seu crédito. A via executiva só fica disponível se o credor tiver um título executivo judicial ou extrajudicial, vale dizer, um documento ao qual a lei atribua eficácia executiva, dado o grau de certeza que fornece a respeito da existência, liquidez e exigibilidade do crédito. Uma vez afirmada a relação creditícia e a falta de pagamento e exibido o título de crédito, o credor, independentemente de declinar a **origem do crédito**, tem direito processual à tutela executiva. Se não tiver título executivo, o credor fica incumbido de afirmar e comprovar os fatos constitutivos do crédito alegado (origem). Pedirá, portanto, tutela condenatória em processo de conhecimento e, ao final, sendo exitoso, obterá um título executivo judicial, podendo, com base nele, pedir a tutela executiva que desde o início poderia ter pedido caso tivesse um título executivo extrajudicial.

Veja-se, então, a situação do credor na hipótese de o devedor pedir recuperação judicial.

O devedor pode simplesmente reconhecer a existência da dívida na primeira relação de credores (artigo 51, III), documento ao qual a lei não atribui eficácia executiva. Se o devedor não fizer esse lançamento, o administrador deve fazê-lo com base nos documentos do devedor (7º, *caput*), ainda que o credor não apresente habilitação. Se o credor apresentar habilitação ao administrador (artigo 7º, § 1º), ou habilitação retardatória ao juiz (artigo 10) ou impugnação também ao juiz (artigo 13), terá o ônus de declinar a origem do crédito (artigo 9º, II). Perceba-se que o ônus de indicar a origem do crédito não surge para todos os credores, mas exclusivamente àqueles cujos créditos não

tiverem sido lançados na lista de credores. O ônus de alegar e comprovar os fatos constitutivos do direito alegado (origem – relembrando o brocardo de que *ex facto oritur ius*) surgiu, historicamente, em razão da desconfiança (quase uma presunção de má-fé) de que o devedor poderia criar créditos fictícios para desviar bens da antiga concordata ou da falência. Atualmente, na recuperação judicial, o devedor que queira fraudar pode simplesmente lançar o crédito fictício e contar com a falta de verificação do administrador judicial e dos outros credores.

É possível, portanto, que o credor tenha título executivo, mas, mesmo assim, seja forçado a comprovar os fatos constitutivos de seu direito? A situação ficaria, portanto, absolutamente invertida. Se, na execução, a presunção de existência do crédito milita em favor do credor, sendo do devedor o ônus de comprovar, pela via dos embargos, a inexistência do crédito; na recuperação, a presunção de que o crédito não existe passa a militar em favor do devedor, bastando, para tanto, que ele simplesmente não lance o crédito na primeira lista de credores. De outro lado, se, na ação de cobrança, é do credor o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito, na recuperação, basta que o devedor lance o crédito na lista de credores para dispensar o credor de tal ônus. Perceba-se que o devedor fica com o poder de imputar ou não aos credores que escolher (exceto os titulares de título executivo judicial, dada a proteção da coisa julgada material) o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seus respectivos créditos.

Então, de um lado, é possível verificar a inserção de crédito na relação de credores sem que o respectivo credor tenha sequer título executivo e sem nenhuma atividade cognitiva do juiz. De outro lado, na mesma recuperação judicial, um credor com título executivo (cheques, notas promissórias, instrumento particular assinado pelo devedor e duas testemunhas etc.), pode não ter seu crédito inserido na lista de credores pela simples razão de não lograr êxito em comprovar a origem do crédito.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Imagine-se que o credor tenha recebido o pedido de compra de insumo do devedor por telefone, tenha entregado a mercadoria e tomado apenas o cuidado de obter o aceite do devedor na duplicata. Imagine-se, ainda, que o devedor não tenha lançado a compra nos seus livros, mas apenas o credor o tenha feito. Como provar que a compra e venda foi celebrada se os insumos já

Nesse contexto, pela só observância do princípio da igualdade (quer comparando as situações de o devedor estar ou não em recuperação, quer comparando as situações de credores sujeitos à mesma recuperação), não se pode conferir imunidade de coisa julgada material aos efeitos da decisão impugnação de crédito sobre a relação creditícia.

Por isso, os artigos 8º, 10, § 6º, 18, parágrafo único, e 19, formam um todo coerente ao estipular, (i) o objeto da impugnação (“*impugnação contra a relação de credores*”), (ii) a finalidade da impugnação (compor o quadro-geral de credores) e (iii) a possibilidade de alterar o quadro-geral de credores.

Aliás, a ação prevista no artigo 19 não tem natureza rescisória (porque esta pressupõe a formação de coisa julgada material). Ela visa exclusivamente alterar o quadro-geral de credores, quer o crédito tenha sido incluído por verificação do administrador ou julgamento de habilitação pelo administrador, quer tenha sido incluído por decisão de impugnação.^{171 172 173 174} Trata-se de ação de idêntica natureza àquela prevista no artigo 486 do CPC, porque a cognição realizada na impugnação sobre os fatos constitutivos do crédito e o juízo sobre sua existência, classificação e valor constituem apenas os motivos em razão dos quais o juiz determina a alteração da relação de credores.

Diante dessa ordem de considerações, pode-se formar o seguinte quadro resumo:

tiverem sido utilizados? Não houvesse recuperação, seria ônus do devedor desconstituir o título executivo.

¹⁷¹ GLADSON MAMEDE (*ob. cit.*, p. 178-180), fundado apenas na premissa de que as impugnações de crédito gerariam coisa julgada material (o que, segundo esta tese, não ocorre), divide as hipóteses de alteração do quadro-geral de credores em duas: (i) ação fundada no artigo 19, que teria a natureza da ação prevista no artigo 486 do CPC, quando o crédito tiver sido incluído sem decisão de impugnação, e (ii) ação rescisória, fundada no artigo 485 do CPC, quando, ao contrário, o crédito tiver sido incluído em cumprimento a decisão de impugnação. Se a premissa de que a decisão de impugnação de crédito forma coisa julgada material fosse verdadeira, essa conclusão também o seria. Não é esse, contudo, o caso.

¹⁷² Também no sentido de que se trata de ação rescisória, ora próxima ao artigo 485 do CPC e ora próxima ao artigo 486 do CPC: RICARDO NEGRÃO (*ob. cit.*, p. 118).

¹⁷³ Para RONALDO VASCONCELOS (*ob. cit.*, p. 278), ação guarda semelhança com a do artigo 486 do CPC e tem eficácia rescisória, sendo cabível a ação rescisória do artigo 485 do CPC apenas após o encerramento da falência ou recuperação.

Decisão de impugnação de crédito	
Requisitos	Crédito, origem, sujeição à recuperação e classificação (artigo 9º)
Principais efeitos processuais	Inclusão/exclusão/alteração da relação de credores (artigos 8º e 18)
Principais efeitos materiais	Nenhum
Recurso cabível	Agravo de Instrumento

XIX.3. Homologação do quadro-geral de credores

Há 3 (três) relações de credores no processo de recuperação: a primeira apresentada pelo devedor como **documento essencial** da demanda, a segunda pelo administrador após julgar as habilitações de crédito e conferir os documentos constitutivos de todos os créditos lançados na primeira lista elaborada pelo credor, ainda que não existam impugnações, e, finalmente, a terceira após o julgamento das impugnações de crédito apresentadas ao juiz, formando o quadro-geral de credores.

O crédito é inicialmente inserido na primeira relação feita pelo devedor. Não há nenhum juízo prévio a respeito da existência, classificação e extensão do crédito, exceto pelo próprio credor. É, inclusive, crime apresentar relações de crédito, habilitações ou impugnações falsas, ou com títulos falsos (artigo 173).

A segunda relação de credores é feita de acordo com o julgamento das habilitações de crédito. A lei não determina expressamente que o administrador analise os documentos que dão lastro a cada um dos créditos lançados pelo devedor, mas não é preciso muito esforço interpretativo para chegar à conclusão de que **essa conferência seja obrigatória**. Mesmo não sendo presumível a má-fé, pode haver deturpação da lista pelo credor, quer para

¹⁷⁴ No sentido de que se trate de “ação rescisória especial”, aproximando-a apenas do artigo 485 do CPC, GERALDO FONSECA DE BARROS NETO (ob. cit., p. 174-176).

desviar pagamentos, quer para obter maioria na assembleia. Além disso (e o mais importante) é que o artigo 7º, caput, e § 2º, determina que o administrador verifique os créditos com base *“nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores”* e garante o aos credores o direito de acessar os documentos. O artigo 14 corrobora essa interpretação, pois a segunda relação de credores, elaborada pelo devedor, será homologada como quadro geral de credores caso não haja impugnação.

Evidentemente, mesmo credores que não estiverem na primeira relação e que não tiverem apresentado habilitação de crédito, ou tiverem apresentado habilitação retardatária, têm direito de acesso aos documentos. O acesso não pode ficar restrito aos documentos relativos a habilitações de crédito ou divergências apresentadas. Não é compatível com o comando legal, nem com o devido processo legal, o princípio da publicidade, o direito à ampla defesa e ao contraditório, que os credores tenham acesso apenas aos documentos de crédito relativos às habilitações apresentadas. O direito a impugnar os créditos abrange TODOS os créditos inseridos na primeira relação (elaborada pelo devedor). Se, no momento de acesso a tais documentos, a primeira lista não tiver sido verificada e os documentos que lhe dão suporte não estiverem disponíveis aos credores, deve-se anular o edital, determinando-se que a verificação seja feita e os documentos coletados, publicando-se novo edital para que os credores tenham oportunidade de apresentar impugnação de crédito.

Por tudo isso, basta que um único credor informe não ter tido acesso¹⁷⁵, com o administrador, as documentos que dão lastro a todos os créditos lançados na segunda relação de credores para que a lista seja anulada e refeita nos termos da lei, dada a inobservância de uma forma prevista em lei pra garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório. Essa, contudo, é uma invalidade que convalesce, dada a natureza disponível dos créditos envolvidos.

¹⁷⁵ No prazo de 5 (cinco) dias após o prazo durante o qual a verificação poderia ser feita, nos termos do artigo 185 do CPC.

Como tem de verificar cada um dos créditos relacionados, o administrador deve excluir créditos que tenham sido lançados sem o devido suporte na documentação apresentada pelo devedor, assim como deve incluir aqueles que encontrar na documentação e não tiverem sido relacionados pelo devedor, providenciando a notificação pessoal de tais credores. O artigo 39, *caput* e § 2º, admite a assembleia usando-se qualquer relação de credores, inclusive a primeira, desde que a subsequente ainda não esteja pronta. *De lege ferenda*, seria mais consentâneo fazer a assembleia apenas com a segunda relação (ou, obviamente, com o quadro-geral de credores) porque, assim, a primeira relação teria passado pelo crivo do contraditório (em relação aos credores) e pelo crivo fiscalizatório do administrador judicial. Em que pese não ser permitido presumir a má-fé do devedor, a lei – corretamente – determina que os créditos sejam verificados com base em documentos e registros contábeis (incluiria: financeiros também), e não apenas com base na simples declaração do devedor. Admitir o uso da primeira relação de credores (preparada apenas pelo devedor) reforça a tese de que a presença dos requisitos legais da recuperação deva ser controlada pelo Poder Judiciário.

Diante disso, é possível inferir que: (i) a relação de credores apresentada pelo devedor não pode ser homologada (embora possa ser usada para constituir a deliberação da assembleia), porque carece de verificação completa pelo administrador e porque não submetida ao contraditório dos credores (artigo 7º, *caput* e § 2º), (ii) a relação de credores feita pelo administrador pode ser homologada como quadro-geral de credores, caso não haja impugnação de crédito (artigo 10, § 4º), e (iii) a homologação deve ser feita após a decisão a respeito das impugnações (artigo 18, § único).

A determinação legal (artigo 18, § único) é de que a homologação seja feita 5 (cinco) dias contados “*da sentença que houver julgado as impugnações*”. Não há uma sentença que julgue todas as impugnações. As impugnações devem ser autuadas em apartado, a menos que se refiram ao mesmo crédito, e as impugnações relativas a créditos trabalhistas são julgadas pela Justiça do Trabalho. As decisões de impugnações são recorríveis por agravo de instrumento. A decisão é, pois, interlocutória, pois a impugnação tem natureza

de incidente processual. O procedimento da impugnação prevê manifestação do administrador e do devedor, possibilidade de realizar prova pericial e oral, de modo que uma decisão conjunta (sentença ou não) para todas as impugnações seria um desserviço à organização do trabalho dos agentes participantes.

Se não houver impugnação, a homologação deve ocorrer após 5 (cinco) dias (por simetria) do término do prazo para impugnações. Dado que as impugnações relativas a créditos trabalhistas devam ser feitas perante a Justiça do Trabalho (artigo 6º, § 2º), os credores que lhe apresentarem impugnação de crédito têm o ônus de comunicar o juízo da recuperação, impedindo, assim, a formação do quadro-geral de credores.

O principal efeito processual da decisão homologatória é dar início ao período durante o qual a relação de credores só possa ser alterada mediante ação de retificação (artigo 10, 6º, e 19). O período tem fim com a sentença de encerramento da recuperação, ou sentença que extinga o processo com outro fundamento.

A decisão homologatória não constitui título executivo judicial. Todavia, ela cria um documento que, em conjunto com outros 2 (dois), o plano e a decisão de deferimento da recuperação, formam o título executivo judicial almejado no processo de recuperação. A relação de credores elaborada pelo administrador sem homologação judicial não autoriza que o credor peça tutela executiva com base no plano, nem autoriza que o devedor defenda-se de algum credor sob a alegação de que deveria estar sujeito à recuperação.

A decisão homologatória é recorrível por agravo de instrumento, em que pese não haver previsão legal. Não é difícil prever a hipóteses de recurso. A decisão pode ter homologado uma relação de credores que não contém a classificação dos créditos, a despeito de se tratar de elemento formal da peça. A decisão pode ter homologado relação de credores feita pelo devedor, ou ainda ter homologado relação de credores feita pelo administrador **sem a verificação de cada um dos créditos** relacionados anteriormente pelo devedor.

Decisão de homologação da relação de credores	
Requisitos	Verificação de cada um dos créditos pelo administrador (artigo 7º, <i>caput</i>), oportunidade de verificação dos documentos de suporte dos créditos por qualquer credor (artigo 7º, § 2º) e, se tiver havido impugnação, julgamento, em primeiro grau, das impugnações
Principais efeitos processuais	Formar um dos três documentos que formam o título executivo resultante do processo de recuperação (quadro-geral de credores)
Principais efeitos materiais	Nenhum
Recurso cabível	Agravo de Instrumento

XIX.4. Extinção do processo sem julgamento do mérito

Alguns doutrinadores entendem que, após formular o pedido de recuperação, há 3 (três) desfechos possíveis para o processo: concessão da recuperação, desistência ou falência. Essa interpretação restritiva, contudo, não tem razão de ser. Não há dispositivo legal que a determine e o Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente. Por isso, se não estiverem presentes as situações que autorizam a extinção ou modificação do processo de acordo com a lei, o juiz deve pronunciar sentença de extinção por procedência ou improcedência do pedido.

As hipóteses de extinção do processo típicas de recuperação são 2 (duas): desistência (artigo 52, § 4º), que depende do consentimento dos credores se requerida depois de deferido seu processamento, ou encerramento (artigo 63), depois de cumpridas as obrigações vencidas em 2 (dois) anos da decisão de concessão da recuperação. A decisão de convolação da recuperação em falência tem natureza de decisão interlocutória porque não implica nenhuma das situações do artigo 269 do CPC; apenas inaugura o concurso universal de credores (a fim de que todos os ativos sejam liquidados e o passivo seja pago -

artigos 115 e 139). A convolação de recuperação em falência não representa acolhimento de pedido, mas apenas a observância de um efeito jurídico à luz dos fatos previstos na lei (artigo 73).

Contudo, podem ocorrer no processo outras situações que impliquem as situações dos artigos 267 e 269 do CPC.

A ausência de condições da ação e/ou pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo conduz à sentença de extinção sem julgamento do mérito. O juiz não está autorizado a decretar a falência se, por exemplo, a petição inicial for inepta, faltarem documentos essenciais, o devedor não estiver representado por advogado, etc. Apenas a hipótese de não apresentação do plano (que, a rigor, conduziria à extinção sem julgamento do mérito, por inépcia da inicial) conduz, por expressa disposição de lei, à falência.¹⁷⁶

Sentença de extinção sem julgamento do mérito ou de rejeição do pedido	
Requisitos	Para sentença de extinção sem julgamento do mérito (artigo 267 do CPC), desistência, desídia, ausência das condições da ação e/ou dos requisitos de constituição e desenvolvimento válido do processo (exceto não apresentação do plano, porque esse caso implica falência).
Principais efeitos processuais	Extinção do processo de recuperação
Principais efeitos materiais	Nenhum
Recurso cabível	Apelação

¹⁷⁶ RICARDO NEGRÃO alcançou idêntica conclusão (ob. cit., p. 141). Discorda-se apenas do entendimento de que (i) a ausência de objeção revelar ausência de pedido e interesse processual na decretação de falência e (ii) na possibilidade (defendida por aquele autor) de que o juiz decrete a falência se, na objeção, o credor alegar fatos que determinam a falência (ob. cit., p. 142). A falência, na recuperação, não decorre de pedido (ou, mais precisamente, de demanda) do credor, mas, sim, de alguns fatos processuais aos quais a lei atribui a eficácia material de falir o devedor (eficácia cuja observância, obviamente, depende do prévio exercício de jurisdição estatal acerca da existência de tais fatos, mas sem que nenhuma demanda – no sentido técnico-processual da palavra – tenha de ser externada em juízo).

XIX.5. Deferimento ou indeferimento da recuperação

A hipótese de acolhimento do pedido é representada pela decisão de concessão de recuperação. Embora ponha fim à fase cognitiva e represente o acolhimento do pedido, não é recorrível por apelação por expressa disposição legal, como se viu acima. Trata-se de uma anomalia em desacordo com o sistema, considerando o que a lei processual define como sentença (artigo 162, § 1º) e qual recurso a lei processual prevê seja cabível (artigo 513 do CPC).

A rejeição do pedido pode dar-se em razão da presença dos fatos impeditivos do direito à modificação das obrigações (artigo 48)¹⁷⁷, assim como pode ser rejeitado em razão do juízo de que não está(ão) presente(s) um ou mais fatos constitutivos do direito à modificação das obrigações (crise, viabilidade da empresa e viabilidade do plano).

Começando pela análise do mais simples, os fatos impeditivos do direito à recuperação estão previstos no artigo 48. São fatos escolhidos pela lei para tolher (impedir) a constituição do direito à modificação das obrigações mesmo que o devedor esteja em crise, a empresa seja viável e o plano apresentado seja viável. Se o sócio controlador ou o administrador do devedor tiver sido condenado por crime previsto na Lei 11.101/2005, o direito à recuperação resta afastado (impedido). A preservação da empresa dar-se-á, portanto, no bojo da falência, como determinam os artigos 75 e 140. Ocorre o mesmo na hipótese de o devedor ter obtido a modificação de suas obrigações pela via da recuperação menos de 5 (cinco) anos antes do novo pedido.

Além de estarem ausentes os fatos impeditivos, é preciso que estejam presentes (comprovados) os fatos constitutivos, isto é, aqueles que configuram a crise econômico-financeira, a viabilidade da empresa e a viabilidade do plano.

¹⁷⁷ Os fatos que impedem o direito à recuperação de empresa, isto é, afastam o direito à modificação da empresa apesar de o devedor empresário apresentar empresa em crise, embora viável e ter um plano de recuperação viável, são **erradamente classificados** como: (i) elementos que qualificam a possibilidade jurídica do pedido (por exemplo GLADSTON MAMEDE (ob. cit., p.

Nesse sentido, (i) a ausência de crise, qualificada, por exemplo, pela existência de ativos em volume suficiente para que todos os créditos sejam pagos, ou (ii) a ausência de viabilidade da empresa, qualificada, por exemplo, pela impossibilidade de que sejam geradas receitas capazes de fazer frente às despesas decorrentes do exercício da atividade (tal como projetada no plano), ou ainda (ii) a ausência de viabilidade do plano, como, por exemplo, prever o pagamento das obrigações em 5 (cinco) anos, mas a empresa não for capaz de produzir receita suficiente para pagar as despesas decorrentes da atividade e aquelas sujeitas à recuperação, ensejam, por si sós, isoladamente consideradas, a rejeição do pedido, mesmo que os litisconsortes passivos (credores), em assembleia, tenham se manifestado pela procedência do pedido de recuperação (reconhecimento da procedência do pedido).

Como se viu anteriormente, a presença desses requisitos deve ser controlada pelo juiz no processo.¹⁷⁸

A solução correta para a ausência dos fatos constitutivos do direito alegado é rejeitar o pedido. A falência não pode ser decretada por ausência de disposição que o autorize. Determinar que um novo plano seja apresentado também não encontra respaldo na lei. Nem mesmo o artigo 47 autoriza essa interpretação, porque também é objetivo da falência manter a empresa, ainda que sob condução de outro empresário (pessoa física ou jurídica). Fosse cabível a possibilidade de que outro plano fosse apresentado, o juiz teria de fazê-lo indefinidamente, quantas vezes fossem necessárias, até que fosse aprovado um plano que, a seu ver, se considerasse viável. Modificar o plano diretamente e conceder a recuperação também não é solução permitida pela lei. Esta última hipótese retiraria dos credores o poder de deliberar pela falência ou pela rejeição total do plano à luz do plano, tal como apresentado.

185), ou (ii) elementos que qualificam a legitimidade ativa (por exemplo SHEILA CHRISTINA NEDER CERZETTI (ob. cit., p. 245).

¹⁷⁸ O que, segundo RICARDO NEGRÃO, está de acordo com a orientação internacional sobre a matéria: “A preocupação do direito privado internacional, portanto, não se estabelece pela vedação ao exame judicial da viabilidade do plano, mas que se o faça com critérios técnicos aceitáveis”. (ob. cit., p. 134, com referência à *Guía Legislativa sobre el Régimen de La Insolvencia de La Comision de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*).

A avaliação da crise econômico-financeira visa impedir a fraude, isto é, o enriquecimento sem causa do devedor pela via da modificação das obrigações (pela diminuição, alteração do objeto prestacional, ou simples prolongamento do prazo para pagamento). A ausência de crise é um juízo feito a partir dos ativos do devedor e de seu fluxo de caixa frente às obrigações existentes.

A avaliação da viabilidade da empresa visa impedir que empresas inviáveis sejam mantidas no mercado a despeito da decisão do consumidor de que ela fosse extinta, com realocação de seus ativos noutras atividades empresariais. Imagine-se manter uma empresa cujo objeto seja a fabricação de um produto obsoleto ou a prestação de um serviço que tenha caído em desuso. A presença de empresa em crise é juízo que se faz a partir da capacidade da empresa de gerar recursos excedentes ao custo de produção.

A avaliação da viabilidade do plano, isto é, a adequação dos meios de recuperação ao pagamento das obrigações tais como alteradas, visa impedir que a recuperação sirva apenas para protelar a falência do devedor, em prejuízo da manutenção da empresa ou da alocação eficiente de seus ativos. O juízo a respeito do plano desdobra-se em duas dimensões: (i) a primeira diz respeito à sua viabilidade e (ii) a segunda diz respeito à obrigações nele estabelecidas.

Ocorre que o plano pode conter cláusulas que excedam os limites impostos por normas cogentes. Há, pois, uma limitação à autonomia de vontade das partes. Algumas limitações são comuns à constituição de todas as obrigações, como por exemplo a nulidade de obrigação com objeto indeterminável ou impossível.¹⁷⁹ Outras limitações são específicas da recuperação, como, por exemplo, o prazo de 12 (doze) meses para pagamento dos créditos trabalhistas, a

¹⁷⁹ É pertinente trecho do acórdão do TJSP proferido no AI 0136362-29.2011.8.26.0000 (j. 28.02.2012) e que se tornou paradigma no assunto: “Se, porém, as deliberações da Assembleia-Geral forem maculadas por vícios, fraudes, simulações, manipulações, inverdades ou violações aos princípios morais, éticos, constitucionais ou às regras legais, **devem ser nulificadas de ofício pelo Poder Judiciário**”. (grifou-se)

exigência de que as obrigações sejam líquidas e certas (cf. artigos 580, 586, 618, I, do CPC e 59, § 1º, e 61 da Lei 11.101/2005)¹⁸⁰, a exigência de que não haja tratamento diferenciado entre credores da mesma classe para permitir o *cram down*, etc.

A extensão da alteração das obrigações representa a especificação do pedido da recuperação e sobre ele o juiz não tem controle. Suponha-se que a proposta seja de redução de 50% do valor do crédito de determinada classe e de pagamento em 5 (cinco) parcelas anuais. O juiz não está autorizado a, em nome de garantir a viabilidade do plano, alterar a proposta, seja em relação à prestação, ao objeto prestacional, ao prazo, à forma de pagamento, enfim, a nenhum elemento da obrigação. Essas questões referem-se exclusivamente ao elemento negocial do plano. Em relação a elas, o juízo é meramente homologatório, de delibação. O controle está limitado, portanto, quanto à proposta do plano, ao juízo de validade das obrigações à luz da limitações de normas cogentes.

Se a invalidade for parcial, não há problema em deferir a recuperação, fazendo-se observar os limites da lei cogente. Se a invalidade for total, a melhor solução é permitir seja deliberando nova proposta, extirpando-se as nulidades anteriormente presentes. Uma vez que essa questão refere-se à alteração consensual do pedido (no sentido técnico-processual), feita por devedor e credores (em maioria), não há razão para impedir que invalidades sejam

¹⁸⁰ Tornou-se usual, em dado momento, apresentar plano segundo o qual os pagamentos seriam feitos SE e QUANDO houvesse lucro, de tal maneira que, nos meses sem lucro, nenhum pagamento fosse feito, numa clara tentativa de fazer os credores correr o risco do negócio (sem a contrapartida do lucro) e de impedi-los de pedir a falência do devedor ou pedir tutela executiva (afinal, se não houvesse lucro, não haveria obrigação). O TJSP deu cobro a isso no acórdão do AI 0136362-29.2011.8.26.0000 (j. 28.02.2012) já citado. Nesse trecho, nota-se como foi feito controle de viabilidade da empresa a partir da proposta de plano apresentada: *“A recuperação da empresa só pode e deve ser deferida se a empresa devedora mostrar que não se encontra em situação de falência. Obviamente, se a empresa devedora pede um prazo muito longo para iniciar os pagamentos das parcelas propostas, e se o percentual a ser pago mostra-se vil ou iníquo, tal situação evidencia que a empresa não pode ser considerada recuperável por suas próprias forças, mas sim, pelo sacrifício excessivo imposto de forma injusta àqueles que lhe deram crédito, por acreditar que ela cumpriria a palavra empenhada”* (negritei). Não foi esse, contudo, o único fundamento do acórdão (nem o principal) e, apesar dele, a decisão (talvez pelo ineditismo da postura do Poder Judiciário) foi por permitir que outro plano fosse apresentado. O correto, segundo se defende neste trabalho, seria o julgamento de improcedência do pedido.

sanadas. Essa alteração, contudo, exigirá nova avaliação da viabilidade do plano, que é diretamente impactada pela alteração da proposta.

Quanto à parte do plano relativa aos meios de recuperação (artigo 50), não pode haver jurisdição sequer homologatória. São propostas que o devedor faz no exercício de seu livre-arbítrio, ínsitas a sua autonomia de vontade. É verdade que os meios de recuperação servem para convencer os credores e, sobretudo, o Estado-juiz acerca da viabilidade do plano, estabelecendo-se um juízo de probabilidade de êxito, ou de adequação dos meios para alcançar o resultado almejado. Todavia, não representam obrigação e não estão no objeto do processo. Se, embora não executados, as obrigações forem cumpridas tal como novadas, não haverá descumprimento do plano.

Há também um juízo a respeito da validade da deliberação, que, em verdade, é uma das fases do juízo de homologação da proposta. Evidentemente, se a manifestação de vontade (decisão assemblear) for eivada de vício, o juízo homologatório da proposta não pode ser positivo. Nesse caso, o ato processual de deliberação dos litisconsortes deve ser repetido.

O ato de deferir ou indeferir a recuperação envolve o juízo homologatório (em relação à proposta) e o juízo de mérito (em relação aos fatos constitutivos do direito à modificação das obrigações).

Os efeitos da sentença de rejeição do pedido também ficam imunizados. Todavia, ao se alterar o pedido (a proposta de alteração), ou a causa de pedir (por exemplo, a viabilidade do plano), ficará aberta a possibilidade de novo pedido de modificação das obrigações, de tal modo a coisa julgada, aqui, tem somenos importância, dada a facilidade de alterar os elementos da demanda.

O deferimento da recuperação judicial implica o julgamento de procedência do pedido de modificação das obrigações do devedor sujeitas à recuperação. Trata-se de sentença (apesar de a lei especial prever, em

desacordo com o sistema, o agravo)¹⁸¹ que implica a novação das obrigações (artigo 59, *caput*), mas fica subordinada à condição resolutive de que nenhuma obrigação exigível no prazo de 2 (dois) anos da concessão da recuperação seja descumprida (artigo 61, § 2º).¹⁸² A decisão é imediatamente eficaz, a menos – por óbvio – que seja atribuído efeito suspensivo ao agravo contra ela interposto. Os atos praticados com base nessa nova configuração jurídica devem ser preservados na eventualidade de a falência ser decretada. O que ocorre é a imediata imunização dos efeitos da decisão (coisa julgada material), a qual pode ser rescindida tanto pelo ulterior decreto falimentar quanto por decisão em ação rescisória, de tal maneira que o artigo 61, § 2º, representa mais uma hipótese de rescisão, além daquelas previstas no artigo 485 do CPC.

A coisa julgada fica limitada aos créditos inseridos no quadro-geral de credores e aos credores tenham sido validamente citados.¹⁸³ Assim, se o crédito foi inserido, mas o credor não foi validamente citado, pode o credor optar (i) por aproveitar os efeitos da sentença¹⁸⁴, ou (ii) afastar tais efeitos, valendo-se da ausência de coisa julgada em relação a ele, para cobrar o crédito na sua integralidade. Afinal, se não foi validamente citado, não esteve sobre contraditório e, portanto, não teve a oportunidade de controlar a presença dos requisitos do direito à recuperação, nem participar da votação sobre de que forma a obrigação seria alterada (deliberação sobre o plano de recuperação).

¹⁸¹ O sistema previu agravo em razão de haver sentença de encerramento. O mais correto seria prever a apelação, tendo em vista a sentença de deferimento que põe fim à fase cognitiva, e, depois, uma outra sentença (de encerramento), que poria fim à fase de cumprimento de sentença. Isso traria a vantagem de

¹⁸² "A novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005), sobretudo as reais, as quais só serão suprimidas ou substituídas "mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia", por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º). **Assim, o plano de recuperação judicial opera uma novação sui generis e sempre sujeita a uma condição resolutive, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005)".** (REsp 1326888/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 05/05/2014) (grifou-se).

¹⁸³ Conforme se defendeu anteriormente, a citação válida não é a publicação do edital, mas, sim, o recebimento da notificação que deve ser enviada pelo administrador.

¹⁸⁴ Dependerá de concordância dos demais credores sujeitos à recuperação se o plano contiver proposta de dação em pagamento de determinados bens ou entrega do produto da venda de tais bens sem cláusula expressa de que créditos futuramente incluídos no quadro-geral de credores serão satisfeitos em conjunto com os demais.

A coisa julgada material não impede, todavia, que o devedor, 5 (cinco) anos depois da concessão da recuperação (artigo 48, II), peça, novamente, a modificação dos créditos já alterados em recuperação judicial precedente. O novo pedido de recuperação fará parte de uma nova demanda, com elementos diversos da anterior.

Há quem defenda a possibilidade de se alterar o plano de recuperação, provocando nova alteração das obrigações.¹⁸⁵ Essa alteração, contudo, subverte toda a lógica processual e, portanto, não tem cabimento. Nova alteração das obrigações é condicionada ao transcurso de 5 (cinco) anos da concessão da recuperação (artigo 48, II). A possibilidade de que o devedor volte a alterar as obrigações, sem novo processo, mediante deliberação da maioria dos credores, coloca os credores dissidentes em situação de manifesta desvantagem. Evidentemente, o devedor pode negociar diretamente com qualquer credor sujeito à recuperação descontos para antecipação de pagamentos. Isso, contudo, é bem diverso de submeter os credores à vontade da maioria. Essa é situação excepcional, que outorgada pela lei com intervalo de 5 (cinco) anos. Sob o ponto de vista processual, admitir a alteração do plano após concessão da recuperação significaria fazer um novo processo dentro de um já existente, com renovação de atos processuais já praticados, e, sobretudo, com a introdução de nova causa de pedir e novo pedido, para rediscussão da viabilidade da empresa, crise econômico-financeira e viabilidade do novo plano. Tudo isso sem a participação dos novos credores, não sujeitos à recuperação porque seus créditos foram constituídos depois do pedido. A única solução legalmente possível é, além da negociação bilateral com cada credor (que não ofende, por óbvio, os efeitos da coisa julgada), é deduzir, depois de 5 (cinco) anos da concessão da primeira recuperação, novo pedido de recuperação, mas não apenas em face dos devedores afetados pelo primeiro processo, como também dos devedores surgidos entre o primeiro e o segundo pedidos.

Um outro efeito da decisão de deferimento da recuperação é a extinção das execuções movidas contra o devedor e anteriormente suspensas

pela decisão de processamento do pedido de recuperação.¹⁸⁶ ¹⁸⁷ Essa extinção, contudo, não acarreta sucumbência ao credor, nem livra o devedor do pagamento dos honorários fixados no início da execução, nem das despesas processuais.

Sentença de deferimento ou de indeferimento da recuperação	
Requisitos	Ausência de fatos impeditivos do direito à modificação das obrigações (artigo 48) e presença dos fatos constitutivos do mesmo direito (crise, viabilidade da empresa, viabilidade do plano), regularidade formal da deliberação assemblear e ausência de violação, pelo plano, de normas cogentes (artigos 45, 58, 269 do CPC e 5º, XXXV, da CF).
Principais efeitos processuais	Formar um dos três documentos que formam o título executivo resultante do processo de recuperação (decisão concessiva, plano de recuperação e quadro-geral de credores)
Principais efeitos materiais	Novação (extinção das obrigações, substituindo-a por outras) (artigo 59)
Recurso cabível	Agravo de Instrumento no caso de deferimento e apelação no caso de indeferimento

XIX.6. Decisão de convalidação em falência

As hipóteses de convalidação em falência diferem das previstas no artigo 94. Como o crédito sujeito à recuperação fica com exigibilidade suspensa, ao seu titular fica vedado, por falta de interesse de agir, pedir a

¹⁸⁵ FÁBIO ULHOA COELHO (*Comentários...*, ob. cit., p. 173).

¹⁸⁶ JORGE LOBO (*Comentários...*, ob. cit., p. 236).

¹⁸⁷ Em sentido contrário: **“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NOVAÇÃO DA DÍVIDA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO.** 1. É entendimento desta Corte que não se mostra consentâneo com a recuperação judicial o prosseguimento de execuções individuais, devendo estas ser suspensas e pagos os créditos, doravante novados, de acordo com o plano de recuperação homologado em juízo. 2. Embargos de declaração recebidos como agravo interno, ao qual se nega provimento”. (EDcl no Ag 1329097/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 03/02/2014) (grifou-se)

falência, exceto se presente alguma das hipóteses do artigo 73. Todavia, aos credores que não se sujeitam à falência, a tutela está expressamente autorizada, embora não fosse preciso, no parágrafo único do artigo 73. Daí se infere, com facilidade, estar equivocada a interpretação de que a tutela executiva tenha de ser vedada, ou deferida “se não prejudicar o cumprimento do plano” quando a tutela da execução coletiva, **muito mais grave ao devedor**, está expressamente autorizada.

As hipóteses de convolação em falência são 4 (quatro). A primeira, por deliberação da assembleia tomada nos termos do artigo 42. O juiz está vinculado à decisão dos credores, devendo controlar, evidentemente, a formalidade da convocação, instalação e deliberação da assembleia. Há que se lembrar: a falência é do devedor, de tal modo que a empresa deve ser vendida o mais rápido possível para que outro empresário a assuma.¹⁸⁸ Aqui, a lei reconheceu aos credores o poder de retirar, em definitivo, o credor da condução das atividades empresariais. Basta a vontade dos credores e não se exige insolvência. Aliás, se o inadimplemento de uma única obrigação no valor de pelo menos 40 (quarenta) salários mínimos justifica o decreto falimentar (por razões que aqui não cabe discutir), com muito mais razão a deliberação da maioria dos credores justifica o decreto falimentar.

A segunda hipótese é de não apresentação do plano no prazo legal. Essa é uma espécie de falência-sanção, porque talvez o plano é um aditamento da inicial a ser feito em 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação. De *lege ferenda*, não se deveria decretar a falência na hipótese, mas simplesmente indeferir a inicial e extinguir o processo sem julgamento do mérito. Todavia, a hipótese legal é essa e não há razão legal ou constitucional par impedir sua aplicação.

¹⁸⁸ O artigo 99, XI, autoriza que o juiz, em vez de mandar lavrar o estabelecimento, determine a continuação das atividades empresariais sob a condução do administrador, de forma provisória, para que a alienação desses ativos seja feita em bloco (artigo 140) e imediatamente após o decreto falimentar (artigo 139). No conceito de estabelecimento estão inclusos os contratos sem os quais as atividades seriam inviáveis (artigo 140, § 3º), isto é, todos os ativos, tangíveis e intangíveis por meio dos quais a atividade empresarial é desenvolvida (artigos 90, 91 e 966 do CC). Para isso, é de **suma relevância** que as obrigações não sejam transferidas ao empresário adquirente dos bens, seja de qualquer natureza, conforme corretamente preconizam o artigo 141, II e § 2º.

A terceira hipótese é de rejeição do plano de recuperação sem que estejam presentes os requisitos legais para o *cram down*. É mais um caso de falência-sanção. Se a recuperação não for deferida pelo *cram down*, seja em razão da ausência dos requisitos legais para o tanto, seja em razão da nulidade de cláusulas essenciais do plano, seja em razão da ausência dos fatos constitutivos do direito alegado, a falência tem de ser decretada. Mais uma vez, a situação é de deliberação dos credores pelo afastamento em definitivo do devedor das atividades empresariais, de tal modo que os créditos sejam satisfeitos, ainda que parcialmente, pela alienação dos ativos.

A deliberação assemblear de rejeição do plano sem possibilidade de *cram down* e a deliberação pelo decreto falimentar, ao mesmo tempo, extinguem o direito à modificação das obrigações e determinam a falência.

A quarta e última hipótese é de descumprimento de obrigações do plano vencidas em 2 (dois) anos do deferimento da recuperação. Tais obrigações referem-se àquelas de pagamento dos credores, e não aos compromissos assumidos quanto aos meios de recuperação. O importante é que a obrigação seja satisfeita, ainda que o devedor encontre outros meios para obter os recursos necessários para tal (como empréstimos, emissões de ações, venda de outros bens etc.). Para o descumprimento de obrigação fora desse período, o credor tem à sua disposição a tutela executiva, singular ou coletiva, conforme artigo 62.

Os fatos que ensejam a convalidação da recuperação em falência devem ser conhecidos de ofício, ou seja, independem da vontade dos credores, porque, a falência, em tais situações, é efeito direto da lei, com caráter de ordem pública, e não tutela concedida a pedido de parte processualmente legítima e interessada.¹⁸⁹ Tais fatos extinguem o direito à modificação das

¹⁸⁹ Contrariamente, na hipótese de falência por descumprimento do plano, o STJ reformou acórdão que decretara a falência de ofício, sob o argumento de que a decisão dependeria da vontade do credor (que, no caso, havia requerido a desistência do requerimento de convalidação da recuperação em falência por descumprimento do plano): REsp 1408973/SP, Rel. Ministro SIDNEI

obrigações e, embora supervenientes, devem ser levados em consideração (artigo 462 do CPC).

A decisão de convocação da recuperação em falência não importa rejeição do pedido de recuperação ou acolhimento de pedido de falência. Trata-se de fatos dos quais decorre, independentemente de pedido, a falência. Nem mesmo a deliberação da assembleia pela falência tem natureza processual de pedido (a decisão é de um órgão processual, feita por maioria, que não titula um direito e também não há causa de pedir, citação, direito ao contraditório e à ampla defesa). Não há, pois, atividade jurisdicional para cognição de fatos e aplicação do direito, como ocorre quando existe uma demanda. O que há é a observância de uma prescrição legal expressa. Encerra-se, então, a fase cognitiva e inicia-se a fase de execução coletiva. O recurso, portanto, é de agravo, necessariamente por instrumento, dada a ausência de sentença futura.

A lei presume válidos os atos de administração, endividamento, oneração ou alienação praticados durante a recuperação, desde que respeitados os requisitos legais, entre eles o impedimento de onerar ou alienar bens do ativo permanente sem autorização judicial imposto pelo artigo 66, e o impedimento de o gestor (se nomeado for) endividar a sociedade sem autorização judicial (artigo 27, II, c). Nem precisaria dizê-lo. A validade do ato decorre da circunstância de ter sido praticado de acordo com a lei vigente aplicável. A posterior convocação de recuperação em falência não poderia retroagir para atingir o ato jurídico perfeito sob pena de gritante inconstitucionalidade (artigo 5º, XXXIV, da CF e artigo 6º da LICC).

Decisão de convocação do processo de recuperação em falência	
Requisitos	Observância, ainda que de ofício, dos fatos desencadeadores da falência (artigo 73)
Principais efeitos processuais	Extinção da recuperação, transformada em fase do processo.
Principais efeitos	Falência do devedor, com seu afastamento definitivo

materiais	da condução das atividades empresariais (artigo 75)
Recurso cabível	Agravo de instrumento

XIX.7 Decisão de encerramento da recuperação

O encerramento da recuperação (artigo 63) só existe se a recuperação tiver sido deferida e a falência não for decretada por descumprimento de obrigações do plano com vencimento em 2 (dois) anos da concessão da recuperação. Não há outro requisito a não ser que a recuperação tenha sido deferida e nenhuma obrigação vencida no prazo acima tenha sido descumprida.

Tem eficácia exclusivamente processual. Constitui a decisão final que poderia muito bem, de *lege ferenda*, ser proferida no momento do deferimento da recuperação. A lei impõem que o juiz determine (i) o pagamento de honorários ao administrador, (ii) o pagamento do saldo de custas processuais, (iii) a dissolução do Comitê de Credores (se criado) e a exoneração do administrador judicial e (iv) a intimação do Registro do Comércio sobre o encerramento. Não contém eficácia material, quer em relação ao direito do devedor de modificação de suas obrigações, quer aos direitos de crédito modificados.

A decisão de encerramento também põe fim à eventual gestão por terceiro das atividades empresariais (artigo 65), pois esse regime só tem cabimento enquanto o devedor estiver em recuperação. Note-se que a entrega da gestão da empresa a terceiros pode ser feita depois de deferida a recuperação, pois esse afastamento pode estar incluído no plano (artigo 65, IV), ou os atos que justificam o afastamento do devedor podem ser praticados após o deferimento do plano (artigo 65, todos os demais incisos).

A decisão de encerramento também finaliza o prazo para exclusão, alteração de classificação ou retificação de valor, fundada em alegação de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou documentos (tecnicamente) novos, o artigo 19 estabelece o limite do encerramento do processo de recuperação. Vê-se, pois, que a lei confere eficácia preclusiva à

sentença de encerramento da recuperação. Sistemáticamente, seria mais correto que atribuísse tal eficácia à sentença que defere a recuperação, porque ela, juntamente com o plano e o quadro-geral de credores, forma o título executivo judicial. Isso, contudo, criaria um problema quanto ao prazo. Afinal, não é incomum que, quando da decisão de deferimento da recuperação, o quadro-geral de credores ainda não tenha sido constituído. Os legitimados disporiam, portanto, de pouco ou nenhum tempo para propor a demanda de retificação. Para que o prazo de 2 (dois) anos desejados pelo legislador se observe, é preciso que o quadro-geral de credores seja formado até o deferimento da recuperação. Por isso, se, até o deferimento da recuperação, o quadro-geral de credores não tiver sido formado, deverá sê-lo, sob pena de (i) tolher-se o prazo para ação de retificação e (ii) não se constituir por completo o título executivo judicial previsto pela lei.¹⁹⁰

Essa eficácia preclusiva, de todo modo, não atinge o vício de ausência de citação (segundo interpretação defendida neste trabalho). Se não tiver havido citação válida, os efeitos da sentença (novação pela decisão de deferimento da recuperação) não se tornam imutáveis para o credor (artigo 472 do CPC – embora se tornem imutáveis para o devedor), podendo ser aproveitados ou não pelo credor, conforme lhe aprouver, podendo, contudo, depender da aquiescência dos demais credores nas hipóteses em que o plano prever limite de bens ou valores a serem usados em pagamento dos credores.

De outro lado, o artigo 10, § 6º, não atribui à sentença de encerramento, nem a nenhum outro ato processual, a eficácia preclusiva para incluir créditos. Essa hipótese sofre limitação quando o plano prevê recursos definidos para quitar a obrigação (a dação em pagamento de bens, ou o pagamento pela entrega do produto da venda de determinados bens, ou ainda a fixação de um montante máximo a ser distribuído entre os credores). Nesse caso, a inclusão dependerá de concordância dos credores sujeitos à recuperação, pelo simples fato de que o juízo de viabilidade da empresa e do plano ter sido feito à luz de um determinado valor total de créditos. Evidentemente, essa concordância

¹⁹⁰ Pode-se argumentar que a segunda relação de credores ou decisões de impugnação de credores sirvam para esse desiderato, mas a lei não atribui tal eficácia a esses atos processuais.

pode ser prévia, por cláusula expressa do plano de recuperação. Se não houver concordância prévia nem posterior, o crédito não poderá ser cobrado do devedor em recuperação (desde que, obviamente, o credor tenha sido citado).

Não é tarefa fácil definir qual o recurso cabível contra decisão de encerramento da falência. Pode haver interesse recursal, à medida que o juiz pode deixar de tomar alguma das providências determinadas pela lei, ou encerrar a recuperação apesar de haver fundamento para decreto falimentar. O artigo 63 determina que o encerramento seja feito por sentença. O encerramento não implica rejeição ou acolhimento do pedido. Apesar disso, não se pode qualifica-lo como decisão interlocutória porque põe fim ao processo. Trata-se de sentença semelhante àquela que extingue a execução, sem juízo de mérito, apoiada apenas num fato eleito pelo legislador (no caso, o decurso de dois anos sem descumprimento de obrigação vencida nesse período).

Faria mais sentido a aglutinação (i) da homologação da relação de credores (para formar o quadro-geral), (ii) do deferimento da recuperação e (iii) do encerramento do processo numa só decisão apelável, autorizando a outorga de tutela executiva, individual ou coletiva, para os credores sujeitos à recuperação desde o seu deferimento (no caso de inadimplemento, por óbvio) e extirpando do sistema a hipótese de convalidação em falência do artigo 73, IV.

Decisão de encerramento da recuperação	
Requisitos	Recuperação deferida e ausência de descumprimento de obrigação vencida até 2 (dois) anos contados do deferimento da recuperação
Principais efeitos processuais	Extinção do processo, extinção do comitê de credores (se houver), exoneração do administrador judicial e extinção da gestão da empresa por terceiro (se houver)
Principais efeitos materiais	Eficácia preclusiva das alegações de
Recurso cabível	Apelação

XX. DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO SOBRE OS BENS DO DEVEDOR E CONCURSO DE CREDORES

Conforme o artigo 66, desde a distribuição do pedido de recuperação e até a extinção do processo, o devedor não pode alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente sem autorização judicial (a ser deferida pelo critério legal da “evidente utilidade”). Aqui uma informação precisa ser sublinhada e ficar bem clara: o devedor fica proibido de alienar, mas o Judiciário não fica impedido de penhorar e executar o bem (por adjudicação ou arrematação) caso determinado credor tenha direito à tutela executiva.

Além disso, todos os bens do devedor ficam protegidos em relação aos créditos sujeitos à recuperação, em regime de exceção ao artigo 593 do CPC, pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias) contados do deferimento do processamento da recuperação. Já se viu anteriormente que: (i) mesmo os créditos tributários, que não são sujeitos à recuperação, ficaram igualmente impedidos de penhorar e executar bens do devedor (sob o fundamento de que o direito ao parcelamento da dívida, embora previsto na lei e no CTN, não foi regulado e (ii) o decurso do prazo não autoriza, por si só, a possibilidade de os credores sujeitos à recuperação penhorar e executar bens do devedor.

Existe também uma proteção adicional à posse do devedor sobre bens que, embora alienados a terceiros, sejam retirados do devedor “bens de capital essenciais a sua atividade empresarial” (artigo 49, § 3º). Embora a proteção devesse perdurar, pela dicção legal, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, o entendimento jurisprudencial é de que, mesmo após o decurso do prazo, o bem não poderá ser retirado sem deferimento pelo juízo da recuperação, o que, obviamente, é *contra legem*.¹⁹¹

¹⁹¹ Por todos, confira-se: “Uma vez deferido o processamento da recuperação judicial, ao Juízo Laboral compete tão-somente a análise da matéria referente à relação de trabalho, vedada a alienação ou disponibilização do ativo em ação cautelar ou reclamação trabalhista. É que são dois valores a serem ponderados, a manutenção ou tentativa de soerguimento da empresa em recuperação, com todas as consequências sociais e econômicas daí decorrentes - como, por exemplo, a preservação de empregos, o giro comercial da recuperanda e o tratamento igual aos credores da mesma classe, na busca da “melhor solução para todos” -, e, de outro lado, o pagamento dos créditos trabalhistas reconhecidos perante a justiça laboral. Em regra, uma vez

Uma vez que a recuperação venha a ser deferida, as obrigações antigas restarão extintas e substituídas por novas obrigações (novação), como formação de título executivo judicial¹⁹² (plano + quadro-geral de credores + decisão de deferimento da recuperação), conforme artigo 62. Quando tais obrigações se tornarem exigíveis e se não houver pagamento, os credores terão direito à tutela executiva (individual ou coletiva) em relação a todos os bens do devedor, exceto na hipótese de a obrigação não pagar tiver vencido no prazo de 2 (dois) anos contados do deferimento da recuperação (porque, nesse caso, a recuperação deve ser convolada em falência).

O conflito principal surge quando credores não sujeitos à recuperação pedem a penhora e a excussão de bens, essenciais à atividade ou não, que tenham ou não sido indicados no plano de recuperação como fonte de recursos (alienação para entrega do produto da venda) ou transformados em objeto prestacional (dação em pagamento).

Seja na Lei 11.105/2005, seja no Código de Processo Civil, seja no Código Civil, seja em qualquer outro diploma legal, não existe a constituição de nenhuma preferência aos credores sujeitos à recuperação ou impedimento de que os credores não sujeitos à recuperação procedam à construção e excussão de bens. O simples fato de o devedor indicar determinado bem como fonte de recursos para cumprir as obrigações ou o de propor dar determinados bens em pagamento (até que a dação seja feita, obviamente) não implica nenhuma garantia, seja processual, seja material, de que os credores receberão, **com preferência sobre os demais credores do devedor comum**, o bem indicado ou o produto de sua venda. De fato, não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, disposição que garanta aos credores sujeitos à recuperação

deferido o processamento ou, a fortiori, aprovado o plano de recuperação judicial, revela-se incabível o prosseguimento automático das execuções individuais, mesmo após decorrido o prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4, da Lei 11.101/2005". (CC 112.799/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/03/2011, DJe 22/03/2011).

¹⁹² Veja-se a importância da apuração dos créditos, porque mesmo créditos que antes não eram certos quanto à existência (ou seja, não constavam de títulos executivos) tornam-se certos com a novação operada pelo deferimento da recuperação.

preferência (quanto ao bem ou ao produto de sua venda) em relação a credor não sujeito à recuperação.

Além de não haver preferência ou impedimento legal, não há garantias materiais (privilégios ou direitos reais)¹⁹³, nem garantias processuais. Não estão presentes, na hipótese, os requisitos para tutela cautelar, seja inominada (artigo 798 do CPC), seja nominada (por exemplo, arresto), nem para o ato de constrição da penhora em sede de tutela executiva (a obrigação pode ser certa e líquida, porém não será necessariamente exigível, nem haverá citação). Tais atos, aliás, dependem de decisão judicial e a decisão que defere a recuperação não determina qualquer tipo de constrição.

Lembre-se, ainda, que, descumprida obrigação do plano, o credor pode (i) executar o plano ou (ii) pedir a falência (em processo próprio), conforme artigo 62. Caso o descumprimento ocorra dentro de 2 (dois) anos da aprovação do plano, a recuperação pode ser convolada em falência (artigo 61). Supondo que prefira o caminho da execução, terá de pedir o arresto ou a penhora de bens, obtendo, **a partir de então**, a preferência pela prioridade da constrição (artigos 612, 613, 709, 711 e 712 do CPC).

A lei também não estabelece privilégio, nem geral, nem especial aos credores sujeitos à recuperação. A outorga de privilégio é uma exigência legal prevista no artigo 963 do CC¹⁹⁴. O rol de privilégios é, portanto, taxativo.

Por isso, os bens indicados como fonte de recursos podem ser livremente constritos e executados para satisfazer créditos não sujeitos à recuperação, mesmo aqueles que sejam essenciais às atividades do devedor (e desde que de propriedade dele). Os credores sujeitos à recuperação devem, portanto, ao decidir o voto na assembleia, **considerar o risco** de que credores não sujeitos à recuperação possam obter a constrição e a excussão de bens

¹⁹³ A menos que sejam constituídas no plano e disso se tratará mais adiante.

¹⁹⁴ Art. 963. O privilégio especial só compreende os bens sujeitos, por expressa disposição de lei, ao pagamento do crédito que ele favorece; e o geral, todos os bens não sujeitos a crédito real nem a privilégio especial.

indicados no plano como fontes de recurso para satisfação de créditos sujeitos à recuperação.

Pode-se argumenta (como, de fato, se argumenta) que o princípio da preservação da empresa justificaria impedir que outros credores excutissem os bens indicados no plano como fonte de recursos para cumprir obrigações sujeitas à recuperação. A justificativa, contudo, não procede. Não bastasse o simples fato de não haver outorga de privilégio (quer por garantia material, quer por garantia processual, o que, por si só, põe fim à discussão), o princípio da preservação da empresa justifica, segundo a lei, o direito à modificação das obrigações, isto é, a própria recuperação. Não serve, pode, portanto, ser levado às últimas consequências, para excepcionar a garantia geral, de todos os credores, de que os bens do devedor fiquem sujeitos à satisfação de suas dívidas. A exceção legal requisitada pelo artigo 591 do CPC não consta do artigo 47, nem de qualquer outro dispositivo da lei.

Veja-se que, embora fosse desnecessário, a lei põe a salvo, expressamente, o direito à tutela executiva coletiva, declarando a possibilidade de o credor não sujeito à recuperação pedir a falência do devedor em recuperação (artigo 73, parágrafo único). Se o decreto falimentar é permitido, com mais razão é permitido a outorga executiva individual, pois ele não implica, necessariamente, a falência do devedor. Aqueles credores que se enquadram na categoria do artigo 67, isto é, titulam créditos constituídos em favor de fornecedores de bens e serviços desde o deferimento do processamento até o término do prazo de 2 (dois) anos do deferimento, terão seus créditos classificados como extraconcursais na falência (artigo 84), o que implicará o recebimento antes de todos os credores sujeitos à recuperação, nos termos do artigo 149.¹⁹⁵ ¹⁹⁶ ¹⁹⁷ Ora,

¹⁹⁵ Cf. MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO (ob. cit., p. 212) “Os créditos extraconcursais (arts. 67 e 84) e o valor objeto do pedido de restituição (art. 85 e ss.) não serão classificados no quadro geral de credores e **deverão ser pagos pela massa antes dos demais credores** (art. 149, caput)”.

¹⁹⁶ “**Atribuir precedência na ordem de pagamento àqueles que participarem ativamente do processo de soerguimento da empresa, na hipótese de quebra do devedor, foi a maneira encontrada pelo legislador para compensar o incremento do risco experimentado**”. (REsp 1398092/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 19/05/2014) (grifou-se).

¹⁹⁷ “A expressão “durante a recuperação judicial”, gravada nos arts. 67, caput, e 84, V, da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, abrange o período compreendido entre a data em que

se têm direito a receber antes dos demais no contexto da falência, com mais razão o teriam fora dele, pois seus créditos foram constituídas com esse benefício justamente com a finalidade de que o devedor em recuperação não fique sem crédito perante fornecedores de bens e serviços.

Não bastasse isso, a lei, de outro lado, instituiu mecanismos que permitem aos credores sujeitos à recuperação prevenir-se do endividamento excessivo do devedor. São mecanismos de prevenção: (i) o Comitê de Credores (especialmente artigo 27, II, a), (ii) o administrador judicial (especialmente artigo 22, II, a), (iii) a substituição dos administradores do devedor (artigo 64) e (iv) o afastamento do devedor da atividade empresarial (artigo 65). Também não podem ser desconsiderados o instrumento de proteção à fraude contra credores (artigo 158 e 159 do CC), que continuam vigentes e aplicáveis e do qual os credores sujeitos à recuperação podem lançar mão em face dos credores não sujeitos à recuperação.

A fraude contra credores também pode ser usada como instrumento de defesa dos credores não sujeitos à recuperação em relação aos credores sujeitos à recuperação na hipótese em que o plano contiver proposta de dação de bens em pagamento, sem restarem outros suficientes para satisfazer os créditos não sujeitos à recuperação. Essa é situação de especial interesse aos credores tributários, porque os bens podem ser dados aos credores sujeitos à recuperação e restarem bens insuficientes para saldar os créditos trabalhistas.

Feitas essas considerações, indaga-se: qual deve ser a decisão judicial em relação à penhora de bens do devedor em recuperação por crédito não sujeito à recuperação?

Há de se tratar, inicialmente, da questão da competência para outorgar tutela executiva em favor dos credores não sujeitos à recuperação.

se defere o processamento da recuperação judicial e a decretação da falência, interpretação que melhor harmoniza a norma legal com as demais disposições da lei de regência e, em especial, o princípio da preservação da empresa (LF, art. 47)". (REsp 1185567/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 10/10/2014) (grifou-se).

A Súmula 280 do STJ enuncia que: “O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa”. A *contrario sensu*, o juízo da recuperação seria competente para decidir sobre a constrição de bens abrangidos pelo plano de recuperação. Tal regra de competência, contudo, não existe na LRF, no CPC, ou em qualquer outra diploma. A regra de juízo universal existe exclusivamente para o processo de falência (artigo 76). Mesmo assim, são inúmeros os julgados do STJ no sentido de que os atos de constrição de bens abrangidos pelo plano para satisfação de créditos **não sujeitos à recuperação** devam ser apreciados pelo juízo da recuperação, **independentemente de os bens terem ou não sido indicados no plano como potencial fonte de recursos**.¹⁹⁸

Os julgados não dizem em que hipótese os atos de constrição devam ser deferidos ou não, ou então, qual critério deve ser usado pelo juiz. Considerando que o STJ, para criar tal norma de competência (a despeito de não ter autorização constitucional para tanto), o de que o contrário (competência de outros juízos, definidos conforme as normas aplicáveis a cada situação) poderia inviabilizar a recuperação ou o plano, é lícito supor que essa linha de pensamento propugne o indeferimento do pleito de constrição e excussão sempre que se voltarem contra bens essenciais às atividades do credor ou bens indicados no plano como fonte de recursos para satisfazer as obrigações sujeitas à recuperação.

Entretanto não há disposição legal que sustente esse entendimento, nem interpretação que o justifique. O juízo da recuperação não é universal. O processamento da recuperação não suspende as execuções fiscais,

¹⁹⁸ Por exemplo: “Nos termos da pacífica jurisprudência da Segunda Seção desta Corte Superior, embora a execução fiscal não se suspenda em virtude do deferimento da recuperação judicial, os atos que importem em constrição do patrimônio da sociedade empresarial devem ser analisados pelo Juízo Universal, a fim de garantir o princípio da preservação da empresa”, com a ressalva importante de que: “não se está impedindo a realização de penhora ou qualquer outro ato construtivo, mas tão somente determinando que tais questões sejam analisadas pelo Juízo Universal, sob pena de se inviabilizar a própria recuperação judicial”. (AgRg no CC 132.239/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/09/2014, DJe 16/09/2014).

assim como não impede a tutela de créditos não sujeitos à recuperação, seja qual for a natureza do provimento pleiteado. São disposições claras dos artigos 6º e 49. Houvesse juízo universal, todos os demais seriam incompetentes, não apenas para processar e julgar demandas relativas a tributos, mas também demandas relativas a créditos expressamente excluídos da recuperação.

Quanto ao critério para deferir ou não os atos de constrição, não se pode usar o princípio da manutenção da empresa para indeferi-los. Em relação à essencialidade do bem para a atividade empresarial, a proteção legal existente está limitada à posse de bens de terceiros e ao prazo de 180 (cento e oitenta) dias do processamento da recuperação (artigo 49, § 4º). Quanto a ter ou não sido incluído no plano como fonte de recursos, isso, por si só, não implica garantia nenhuma, material ou processual, pela simples ausência de dispositivo legal que preveja tal eficácia. Então, as opções interpretativas são claras: ou se respeita o princípio da legalidade e exige-se previsão de exceção ao artigo 593 do CPC (para agasalhar o entendimento atual), ou se outorga a tutela executiva aos credores não sujeitos à recuperação utilizando-se todos os bens do devedor.

Aqui se depara com uma questão fundamental para esta tese: o fato de o Estado-juiz pretender assegurar o cumprimento do plano de recuperação, usando como meio para atingir tal finalidade (i) a criação de norma de competência absoluta (juízo universal da recuperação judicial) e (ii) a vedação dos atos de constrição do devedor em recuperação (ao menos em relação a bens considerados essenciais às atividades e aos indicados como fonte de recursos no plano de recuperação). Essa postura contradiz aquela de **se negar a exercer jurisdição** quanto aos fatos constitutivos do direito à modificação das obrigações (isto é, à recuperação). A tutela que a lei determina seja outorgada ao devedor empresário é de modificação das obrigações com a finalidade de que o devedor se recupere. Não existe tutela *ad eternum* do devedor para que o plano, custe o que custar, seja cumprido. Ao exercer jurisdição sobre os fatos constitutivos do direito à modificação das obrigações, entendendo presentes a crise, a viabilidade da empresa e a viabilidade do plano, encerra-se a jurisdição, de modo que, na eventualidade de credores não sujeitos à recuperação pleitearem tutela executiva,

ela deve ser outorgada (obviamente, se presentes os requisitos legais, como, por exemplo, a existência de título executivo).

É preciso considerar que a recuperação envolve direitos individuais disponíveis, de modo que o Estado-juiz não tem autorização legal seja para tentar manter, a qualquer custo, o devedor, seja para garantir a satisfação dos créditos sujeitos à recuperação. Fazê-lo implica manifesto desrespeito ao princípio da isonomia. Afinal, os credores sujeitos à recuperação são tão credores (nem melhores, nem piores) dos que os credores não sujeitos à recuperação. A lei outorgou aos credores (i) determinar sua falência, pela rejeição do plano, ou (ii) correr o risco de que o plano não seja cumprido e o endividamento do autor aumente. Por isso, é ir **contra o espírito da lei** tolher a tutela executiva, em nome da “manutenção da empresa”, dos credores não sujeitos à recuperação. Essa seria uma tutela do devedor, e não da empresa, pois a empresa, mesmo na falência, deve ser mantida, se possível, pela transferência por inteiro ou por partes à condução de outro empresário.

Por tudo isso, antes de manifestar, em assembleia, o voto pelo reconhecimento da procedência do pedido (isto é, aprovação do plano), ou pela falência, os credores sujeitos à recuperação precisam levar em consideração o direito dos credores não sujeitos à recuperação (anteriores ou posteriores ao pedido) à tutela executiva, individual ou coletiva. Precisam inteirar-se da situação patrimonial completa do devedor, acompanhando todo o seu passivo e seu ativo, bem como sua administração. Muito coerentemente, a lei determinou prestação de informações completas pelo devedor no processo de recuperação: informações sobre o ativo e passivo, laudo de avaliação dos ativos, lista completa de credores, certidão negativa de obrigações tributárias, fiscalização pelo administrador judicial, fiscalização pelo comitê de credores, afastamento do devedor da gestão da empresa, entre outros. São diversos os instrumentos pelos quais os credores sujeitos à recuperação podem **avaliar e monitorar** tanto o endividamento não sujeito à recuperação, seja preexistente (exceções legais), seja os constituídos após o pedido.

Outros 2 (dois) instrumentos de proteção dos credores sujeitos à recuperação para se protegerem, ainda que parcialmente, em relação aos credores não sujeitos à recuperação (além da ineficácia em razão de fraude) são: **(i) constituição de garantia real em favor dos credores sujeitos à recuperação¹⁹⁹ e (ii) o pedido de reserva em concurso comum (artigo 711 do CPC).**

As garantias reais podem ser constituídas na recuperação (prevista, inclusive, no artigo 50, IX), juntamente com a modificação das obrigações. A alienação fiduciária de bens do devedor aos credores sujeitos à recuperação também é possível, mas, nesse caso, há um risco de cometer fraude contra credores em relação aos credores tributários, hipótese que não corre quando se constituem garantias reais porque, no concurso comum, elas cedem à preferência do crédito tributário.

Caso não tenha havido deliberação pela constituição de garantias, qualquer credor sujeito à recuperação poderá pedir a constituição de hipoteca judiciária, nos termos do artigo 466 do CPC. Embora a decisão de deferimento da recuperação não contenha declaração dos créditos, o fato de a lei outorgar à referida decisão a condição de título executivo judicial (o qual, em verdade, é constituído pela soma de três documentos processuais: plano, quadro-geral de credores e decisão de deferimento da recuperação) atrai a incidência do referido dispositivo, assim como qualquer decisão que reconheça obrigação o faz.²⁰⁰

O segundo instrumento processual de proteção é o requerimento de reserva no concurso comum, que pode ser formulado por credores trabalhistas (quanto a todos os bens) e com garantia real (quanto ao bem objeto da garantia).

¹⁹⁹ Obviamente, as garantias serão de segundo grau em relação aos bens sobre os quais já existir garantia real (caso os credores com garantia real tenham renunciado a elas – artigo 59, *caput*, e 50, § 1º).

²⁰⁰ Deste mesmo autor, *Hipoteca Judiciária*, dissertação de mestrado, FDUSP, p. 48-51.

Não apenas credores trabalhistas (artigo 186 do CTN)²⁰¹ podem beneficiar-se²⁰², também os credores com garantia real (se as tiverem mantido)^{203 204} e os credores quirografários que ostentarem privilégio (gerais ou especiais, nos termos dos artigos 964 e 965 do CC), pedindo reserva de numerário até que proponham – ou retomem - suas execuções, mas desde que o crédito se encontre exigível no momento do concurso.

Para os credores quirografários, há que se preservar ainda o direito à preferência em relação a outros credores quirografários, pela anterioridade da penhora, caso a tenha obtido antes do pedido de recuperação e,

²⁰¹ Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.

²⁰² O STJ já acolheu a possibilidade de pedir reserva de recursos, em concurso comum, embora não ajuizada execução, para **créditos trabalhistas**: “Se por um lado há de se resguardar a solvência de créditos de natureza alimentícia, como são os trabalhistas, por outro, é de se estranhar que um credor, seja ele detentor de crédito privilegiado ou não, ingresse em execução aparelhada por terceiros apenas com o astuto escopo de levantar para si o produto de penhora já consumada. O credor cujo título egressa da legislação trabalhista, para receber tal crédito, não é dispensável o aparelhamento da respectiva execução. Não há razão, lógica ou jurídica, para ser dispensada a execução própria simplesmente pelo fato de já haver outra ajuizada por terceiros. Do ponto de vista do executado, tal solução conduz à redução dos meios de defesa que lhe são disponíveis se de execução autônoma se tratasse. Em face do exequente, poderá opor-lhe embargos à execução. Não poderá fazê-lo, no entanto, em relação ao credor que simplesmente habilita seu crédito na execução alheia, circunstância que testilha com a lógica do sistema processual. Porém, exigir pluralidade de penhoras para o exercício do direito de preferência reduz, significativamente, a finalidade do instituto - que é garantir a solvência de créditos cuja relevância social sobeja aos demais -, assemelhando-se o credor com privilégio legal aos outros desprovidos de tal atributo. Portanto, mostra-se imperiosa uma solução intermediária: garante-se o direito de preferência do credor apenas reservando-lhe o produto da penhora, ou parte deste, levada a efeito em execução de terceiros, condicionando o seu levantamento a execução futura aparelhada pelo próprio credor. Assim, ficam assegurados, por outro lado, todos os meios de defesa disponíveis ao executado” (REsp 280871/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 23/03/2009).

²⁰³ Para os **créditos com garantia real**: “O credor hipotecário, embora não tenha ajuizado execução, pode manifestar a sua preferência nos autos de execução proposta por terceiro. Não é possível sobrepor uma preferência processual a uma preferência de direito material. O processo existe para que o direito material se concretize. Recurso especial conhecido e provido”. (REsp 159930/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/03/2003, DJ 16/06/2003, p. 332)

²⁰⁴ Credores com garantia real não gozam dessa proteção em relação aos credores tributários: “O caso concreto, porém, apresenta relevante particularidade: a arrematação que o credor hipotecário pretende desfazer foi realizada em sede de execução fiscal. O credor com penhora, nessa hipótese, além de não ser quirografário, possui crédito que “prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho” (CTN, art. 186). Diante da preferência do crédito tributário sobre o crédito hipotecário, e uma vez certificada a inexistência de outros bens penhoráveis, e mesmo a insuficiência do valor do bem constrito para satisfazer o débito fiscal, conclui-se não haver qualquer sentido prático na decretação da nulidade da alienação. Trata-se de medida que nenhum proveito traria ao credor hipotecário, obrigado a realizar novo leilão, cujo produto, de qualquer sorte, teria de ser destinado

evidentemente, o crédito, agora novado, encontre-se exigível. O processamento do pedido de recuperação suspende a exigibilidade do crédito, o que não determina a extinção da execução, nem de eventual garantia processual (arresto, penhora). Uma vez que possa retomar a execução (porque obrigação em seu favor não foi cumprida depois de dois anos da homologação da aprovação do plano) e havendo concurso em relação a crédito não sujeito à recuperação, é de rigor respeitar a anterioridade de sua penhora. Nesse caso, o plano deve ser tratado, na execução do credor sujeito à recuperação, como se fosse um instrumento de transação.

Na eventualidade de os bens indicados como fonte de recurso para cumprir as obrigações do plano forem executados em execuções de créditos não sujeitos à recuperação e os credores sujeitos à recuperação não puderem participar do concurso (pelo fato de seus créditos não se encontrarem, naquele momento, exigíveis), nada deverá ser feito, senão permitir que a satisfação dos créditos executados. Se os bens indicados como recursos forem executados para satisfazer créditos não sujeitos à recuperação, o devedor deverá encontrar outros recursos (novo sócio com aporte de capital, empréstimo, etc.) para cumprir o plano.

Por isso, o credor, antes de contratar, deve avaliar o risco de recuperação e, estando na recuperação, deve avaliar o risco de aprovar o plano de recuperação, atuando ativamente, tanto no controle das decisões judiciais (processamento da recuperação, julgamento de impugnações, deferimento da recuperação etc.), quanto na supervisão das atividades (e do endividamento) do devedor (Comitê de Credores, administrador judicial, substituição de administradores do devedor e remoção do devedor do controle da atividade empresarial). Talvez, o juízo que for feito pelos credores conduzirá à decisão de votar pela falência do devedor.

Como se viu anteriormente, os credores titulares de créditos exigíveis podem disputar, em concurso comum, nos termos do artigo 711 do CPC,

à *satisfação do débito tributário*". (REsp 440.811/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2005, DJ 28/02/2005, p. 189).

o bem penhorado ou o produto da venda do bem penhorado. A hipótese, portanto, não é insolvência do devedor. O devedor é solvente e há mais de um credor disputando a satisfação de seu crédito. No concurso universal (falência, insolvência civil ou liquidação), TODO o ativo deva ser arrecadado e distribuído segundo determinada ordem. No concurso comum, os credores concorrem de acordo com suas preferências legais (trabalhistas preferem aos tributários, que preferem aos créditos com garantia real, que preferem aos quirografários, e assim por diante). Se os créditos possuem mesma preferência legal, o critério para distribuição do valor é o da anterioridade da penhora ou arresto²⁰⁵.

²⁰⁵ Por todos: *“Independente da natureza assumida, seja o arresto cautelar ou incidental (CPC, art. 813 e ss.), seja o arresto executivo, igualmente denominado “pré-penhora” (CPC, art. 653), aplicam-se, sem distinção, as disposições relativas à penhora, a teor do que prevê o art. 821 do CPC. Tal qual a penhora, o arresto tem por efeito tornar inalienável o bem constrito, não suscitando dúvida sobre o interesse do credor diligente que, pelo fruto da alienação judicial do imóvel, pretende ver seu crédito assegurado. Inexistindo título legal à preferência, a anterioridade do arresto há de conferir ao credor previdente, que primeiramente levou a efeito o ato de constrição do bem, primazia sobre a penhora posteriormente efetuada. Precedentes do STJ”.* (AgRg no REsp 902.536/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 11/04/2012).

XXI. VALOR DA CAUSA E HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

A competência para estabelecer normas sobre incidência e cálculo da taxa judiciária devida pela prestação do serviço jurisdicional são dos Estados. Não está no objeto deste trabalho discuti-las. Em termos gerais, basta dizer que levam em consideração, no mais das vezes, o valor dado à causa. A regra geral (sobre a qual há consenso doutrinário e jurisprudencial) é de que o valor da causa deve corresponder ao conteúdo econômico do pedido. À míngua de norma processual especial na Lei 11.101/2005, é a regra que deve ser seguida para a recuperação judicial.

O conteúdo econômico do pedido de recuperação judicial não é outra coisa senão a **extensão da alteração das obrigações sujeitas à recuperação**. É preciso medir, portanto, o valor total das obrigações sujeitas à recuperação segundo o quadro-geral de credores e a soma geral das obrigações após a aprovação do plano de recuperação. A precisa diferença entre um valor e outro (o valor total das obrigações a serem novadas e o valor das novas obrigações) correspondente ao valor da causa.

Como tais informações não estão disponíveis no momento do pedido, o devedor deve fazer uma estimativa dessa diferença. No momento em que os 2 (dois) instrumentos citados (quadro-geral de credores e plano aprovado) estiverem prontos, será possível calcular o conteúdo econômico do pedido. Eventuais ajustes no pagamento da taxa judiciária deverão ser feitos neste momento. O eventual não pagamento da dívida tributária não pode, contudo, gerar a consequência do cancelamento da distribuição, mas apenas a inscrição em dívida ativa para execução de crédito tributário não sujeito (porque posterior ao pedido) à recuperação.

A assistência judiciária gratuita, que implica imunidade para a taxa judiciária, só pode ser concedida se houver prova de que a sociedade em

recuperação não tenha condições de pagá-la.²⁰⁶ É difícil, todavia, conceber o devedor titule uma empresa viável mas não tenha recursos para pagar a taxa judiciária. De todo modo, há previsão para recolhimento do “saldo de custas” no encerramento da recuperação (artigo 63, III), o que deverá ocorrer sempre que houver extinção do processo, mesmo que a recuperação não tenha sido deferida.

Na Lei 11.101/2005, não há previsão de pagamento de honorários de sucumbência, seja para os advogados do devedor, seja para os advogados dos credores. O artigo 20 do CPC determina que se condene o vencido a pagar honorários. Na recuperação, quem seria o vencido? Na recuperação deferida, seria vencido os credores que apresentaram objeção ao plano ou os que votaram contra a aprovação do plano? Na recuperação não concedida, o devedor deveria ser condenado a pagar honorários de sucumbência mesmo que tivesse a falência decretada sem a iniciativa de nenhum credor, ou apenas quando a iniciativa do credor tenha sido decisiva para o resultado falência?

Para responder essas indagações é preciso, primeiramente, lembrar que o direito à alteração das obrigações calcada na (i) existência de crise econômico-financeira, (ii) na viabilidade da empresa e (iii) na viabilidade do plano. Como os credores não são responsáveis pela crise econômico-financeira, não são eles quem dão causa à demanda e isso basta para que nenhum deles seja condenado a pagar honorários de sucumbência, mesmo aqueles que tenham votado pela falência ou pela rejeição do plano.

Somente estão presentes os requisitos da causalidade e sucumbência (derrota) em duas hipóteses. A primeira, de vitória dos credores que tenham deduzido fundamento acolhido pela decisão que extingue o processo sem julgamento do mérito ou rejeita o pedido de recuperação apesar de aprovação da assembleia. A segunda, de vitória do devedor na confirmação, em sede recursal,

²⁰⁶ O STJ entendeu que o benefício deve ser deferido de plano, sem prova, pelo simples fato de se tratar de pedido de recuperação judicial em AgRg no AREsp 514.801/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014. Noutro caso, entendeu que a mera alegação de dificuldade financeira não justifica o benefício em

de decisão de deferimento da recuperação. Em ambos os casos os valores devem ser arbitrados.

Além disso, o STJ entende cabível condenação ao pagamento de honorários na hipótese de litígio em impugnação de crédito resistida sob o fundamento de que, nela, estaria configurada litigiosidade. Litigiosidade há na própria relação jurídica de direito material objeto da recuperação judicial: o direito à modificação das obrigações.²⁰⁷ Esse entendimento, contudo, contradiz aquele formado a respeito do § 1º do artigo 20 do CPC, segundo o qual, em incidente e recursos, não haverá condenação ao pagamento de honorários. Como a habilitação e a impugnação têm natureza de meros incidentes processuais, não há como admitir, por coerência sistemática, a condenação ao pagamento de honorários nesses casos.

Por fim, os honorários advocatícios contratuais pagos pelos credores para tomar parte da recuperação não podem ser cobrados do devedor em recuperação em razão da exclusão expressa do artigo 5º, II. Trata-se de exceção legal ao princípio da indenização integral²⁰⁸ das despesas necessárias para exercer o direito violado, a qual deve ser levada em consideração pelos credores ao contratar com o devedor empresário.

(AgRg no AREsp 432.760/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 22/04/2014).

²⁰⁷ Vide, por exemplo, o acórdão do REsp 1197177/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 12/09/2013.

²⁰⁸ Sobre esse princípio, vide o acórdão do REsp 1027797/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 23/02/2011)

CONCLUSÕES

1. O direito processual civil, segundo sua concepção moderna (independência científica, adaptação às características das relações jurídicas de direito material e compromisso com os resultados) tem sua parcela de contribuição para o processo de recuperação judicial.
2. A recuperação judicial é uma exceção à decisão do agente soberano do mercado: o consumidor.
3. A recuperação judicial tem inequívoca natureza processual.
4. A sorte do devedor deve ser dissociada da sorte da empresa. Por isso, a falência do devedor não significa, necessariamente, a extinção da empresa. A empresa deve ser mantida, mesmo na falência, e vendida preferencialmente por inteiro, para continue sob condução de outro empresário, sem sucessão de nenhuma obrigação.
5. As normas processuais previstas na Lei 11.101/2005 são claramente insuficientes para regulamentar todo o processo de recuperação judicial, razão pela qual a estrutura do processo prevista no Código de Processo Civil e em leis esparsas (quando aplicáveis) deve ser largamente usada, exceto no que for contrariada pelas normas de direito processual da Lei 11.101/2005 (princípio da especialidade), mas desde que elas estejam de acordo com a Constituição Federal (princípio da hierarquia).
6. Há 4 (quatro) interesses distintos no processo de recuperação judicial: o interesse difuso de manutenção da empresa (como fonte de riqueza para os diversos agentes de mercado), o interesse do devedor (de modificar suas obrigações e manter-se na condução da empresa), o dos credores assentes ao plano ou que concordaram em se submeter à decisão da maioria e o interesse dos credores contrários ao plano.

7. Não existe juízo universal na recuperação e a *pars conditio creditorum* é relativa aos credores sujeitos à recuperação (com crédito alterado) e apenas em relação ao momento em que têm ou não direito à tutela executiva em relação ao patrimônio do devedor.

8. No direito italiano, no qual o direito brasileiro (também) se inspirou, há discussão sobre se é possível o Judiciário controlar a viabilidade do plano (chamado *giudizio di fattibilità*). Atualmente, a *Corte di Cassazione* entende ser possível um controle sobre os limites de normas cogentes imposto à autonomia da vontade das partes (*fattibilità giuridica*), mas não de probabilidade de que o plano seja cumprido (*fattibilità economica*). Todavia, o direito italiano prevê (i) a possibilidade o Judiciário rejeitar o plano caso qualquer credor de classe que o tenha rejeitado ou 20% dos créditos votantes caso não exista classe presente oposição, se entender que o credor receberá menos no *concordato* do que receberia no *fallimento* (*giudizio di convenienza*), e (ii) a apresentação, pelo devedor, com o pedido inicial, de uma declaração, feita por um profissional certificado pelo Estado, de que os dados da empresa são verdadeiros e de que o plano é viável.

9. O processo de recuperação judicial outorga tutela constitutiva (modificação das obrigações do devedor) e tem, como efeito secundário, a manutenção da empresa sob condução do devedor. Os meios de recuperação são estranhos ao objeto do processo, mas servem para convencer credores, Ministério Público e juiz acerca da viabilidade do plano.

10. A recuperação judicial excepciona a propriedade privada (créditos) e a força coercitiva das obrigações jurídicas, sob a justificativa de que as empresas **viáveis** devam ser mantidas.

11. Formam a causa de pedir do processo de recuperação judicial: crise econômico-financeira, empresa viável e viabilidade do plano.

12. Os fatos do artigo 48 têm natureza de fatos impeditivos do direito à modificação das obrigações.

13. O plano de recuperação é composto de 2 (duas) partes: os meios de recuperação e a proposta. A proposta contém as especificações do pedido, pode ser apresentada depois da inicial e pode ser alterada livremente pelo devedor e credores até a assembleia (inclusive nela).

14. O litisconsórcio passivo é unitário e facultativo. O litisconsórcio ativo é simples e facultativo com fundamento na afinidade de questões fáticas ou jurídicas, e não por conexão.

15. Na recuperação judicial, portanto, o Ministério Público deve atuar exclusivamente no que tocar ao interesse de manutenção da empresa, dado o interesse coletivo incidente.

16. A citação por edital não atende a exigência constitucional do devido processo legal, de modo que a notificação enviada pelo administrador deve ser interpretada como tal. Se não for citado por correspondência do administrador, o credor não fica sujeito à recuperação.

17. O administrador deve formar a segunda relação de credores verificando todos os documentos de suporte dos créditos arrolados pelo devedor na primeira relação, e não apenas os documentos de suporte dos créditos objeto de habilitação ou divergência. Sob pena de nulidade, também deve franquear acesso aos credores a todos os documentos de suporte dos créditos arrolados na segunda relação.

18. O julgamento de impugnação de crédito não faz coisa julgada material.

19. Compete exclusivamente à assembleia geral de credores o juízo sobre a conveniência da recuperação sobre a falência ou vice-versa.

20. Tanto a ausência de objeções quanto a aprovação do plano representam reconhecimento da procedência do pedido do autor (devedor).

21. Para votar validamente na assembleia, o mandatário não precisa de poderes especiais para reconhecer o pedido ou transacionar.

22. O juízo de mérito da recuperação judicial é composto por 2 (duas) partes: juízo de homologação acerca do conteúdo negociável da recuperação (o pedido e suas especificações, ou seja, a extensão das modificações das obrigações) e juízo sobre a presença dos fatos constitutivos do direito à modificação das obrigações (crise econômico-financeiro, viabilidade da empresa e viabilidade do plano) e da ausência dos fatos impeditivos (artigo 48). Daí o juiz poder indeferir o pedido de recuperação mesmo que a proposta seja aprovada, quer pelo quórum maior, quer pelo quórum que permite o *cram down*. Todavia, só terão interesse recursal para impugnar da decisão que deferir o pedido os credores que tiverem votado pela rejeição do plano.

23. Também deve ser feito controle da validade da deliberação assemblear e controle de legalidade do plano, sob o ponto de vista dos limites impostos por normas cogentes à autonomia da vontade das partes (inclusive a norma cogente específica da recuperação judicial segundo a qual o plano tenha de conter obrigações certas, líquidas e exigíveis, sob pena de não se formar título executivo judicial, ao contrário do que objetiva lei).

24. Como em todo processo, o juízo de mérito na recuperação judicial só pode ocorrer se estiverem presentes condições da ação e pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo.

25. A promessa de vender bens como meio de recuperação não gera nenhuma garantia, processual ou material, em favor dos credores sujeitos à recuperação, a menos que a garantia real seja constituída no plano. Os credores também podem pedir a especialização de hipoteca judiciária em garantia do plano.

26. Os credores não sujeitos ao plano podem penhorar e executar livremente bens indicados como possíveis fontes de recurso no plano, pois a lei não lhe excepciona a tutela executiva, nem a afasta tais bens da responsabilidade patrimonial do devedor (artigo 593 do CPC).

27. Os credores sujeitos à recuperação concorrerão em concurso comum (artigo 711 do CPC), de acordo com a natureza de seus créditos e a anterioridade da penhora, com os credores não sujeitos à recuperação quando e se seus créditos se tornarem exigíveis.

28. Por ausência de disposição legal, o juízo da recuperação não é absolutamente competente para julgar atos de expropriação contra o devedor em recuperação.

29. O valor da causa não é a soma de todos os créditos sujeitos à recuperação, mas sim a diferença entre o valor dos créditos e o valor que terão se forem novados na recuperação judicial.

30. Não são devidos honorários advocatícios em impugnação de crédito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E BIBLIOGRAFIA

Referências Bibliográficas

ABRÃO, Carlos Henrique Abrão. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*, coord. Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, Saraiva, São Paulo, 2012, p. 252 e ss.

ABRÃO, Nelson. *O Novo Direito Falimentar, Nova Disciplina Jurídica da Crise Econômica da Empresa*, RT, São Paulo, 1985.

_____. *Curso de Direito Falimentar*. 4ª ed., RT, São Paulo, 1993.

_____. *A continuação do negócio na falência*, Leud, São Paulo, 1975.

ALESSI, Costanza. *Autonomia Privata nel Concordato Preventivo e ruolo del tribunale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, Giufré, 41.3, maggio-giugno 2014, II, 443-457.

AMATORE, Roberto. *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Diritto Fallimentare ed delle Società Commerciali*, v LXXXVII, CEDAM, Padova, gen-feb 2012, n. 1, I, 104/124.

AZEVEDO, Luiz Carlos. *O direito de ser citado – perfil histórico*, FIEO e Resenha Tributária, São Paulo/Osasco, 1980.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio Unitário*, Forense, Rio de Janeiro, 1972.

BARROS NETO, Geraldo Fonseca. *Aspectos Processuais da Recuperação Judicial*, Conceito Editorial, Florianópolis, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 2ª ed., RT, São Paulo, 1994.

_____. *Direito e Processo, Influência do Direito Material sobre o Processo*, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2003.

_____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. Malheiros, São Paulo, 2006.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência, Lei 11.101/2005 Comentada artigo por artigo*, 10ª ed., RT, São Paulo, 2014.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*. 2ª ed., v. VIII, Livro V, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1934, p. 489

CASTRO, Carlos Alberto Farracha. *Colonialismo jurídico e a reforma do direito falimentar*, in *Doutrinas Essenciais, Direito Empresarial*, v. VI, org. Arnold Wald, RT, São Paulo, 2011.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação Judicial de Sociedade por Ações*, Malheiros, São Paulo, 2012,

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, 6ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*, RT, São Paulo, 1970.

COSTA, Moacir Lobo da. *Confissão e reconhecimento do pedido*, Saraiva, São Paulo, 1983.

COSTA, Ricardo Brito. *Recuperação Judicial: é possível o litisconsórcio ativo?* Revista do Advogado, São Paulo, v. 29, n. 105, set/2009.

D'ANGELO, Francesco. *Il nuovo volto del concordato preventivo con riserva*, in *Giurisprudenza Commerciale*, Giufré, 41.3, maggio-giugno 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*, 7ª ed., Malheiros, São Paulo, 1999.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 2002.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 2002.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009.

_____. *Litisconsórcio*, RT, São Paulo, 1984.

DE LUCCA, Newton. *Separata da Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*, São Paulo, Atlas, 2005.

FABIANI, Massimo. *Falimento e Concordato Preventivo, vol. II – Concordato Preventivo*, Zanichelli Editore, Bologna, 2014.

GOLDBERG, Daniel. *Notas sobre a nova lei de recuperação de empresas*, in *Doutrinas Essenciais, Direito Empresarial*, org. Arnoldo Wald, São Paulo, RT, 2011.

LOBO, Jorge. *Soluções para a crise das empresas e a constituição econômica do Brasil*. in *Doutrinas Essenciais, Direito Empresarial*, v. VI, org. Arnold Wald, RT, São Paulo, 2011.

_____. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 5ª ed., coord. Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, Saraiva, São Paulo, 2012, pp. 140 e ss.

MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano e CERZETTI, Sheila Christina Neder *Transparência e Divulgação de Informações nos Casos de Recuperação Judicial de Empresas* in *Direito Recuperacional, Aspectos Teóricos e Práticos*, v. 2, coord. Newton de Lucca *et alii*, Quartier Latin, São Paulo, 2012.

MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro*, v. 4, *Falência e Recuperação de Empresas*, São Paulo, Atlas, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*, 3ª ed., RT, São Paulo, 1994, p. 114-115).

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *Liticonsórcio unitário, eficácia do reconhecimento do pedido por um só dos réus na ação de dissolução de sociedade*, Revista do Advogado, AASP, São Paulo, n. 40, jul/1993, pp. 10-19.

MISES, Ludwig von. *A Mentalidade Anticapitalista*, 2ª ed., Instituto Ludwig von Mises Brasil, São Paulo, 2010.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público.* (cap. 7). In *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, coord. Luiz Fernando Valente Paiva, Quartier Latin, São Paulo, 2005.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial*, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 10, nº 36, abr-jun/2007.

NEGRÃO, Ricardo. *A Eficiência do Processo Judicial na Recuperação de Empresas*, Saraiva, São Paulo, 2010.

NEVES, Douglas Ribeiro. *Hipoteca Judiciária*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Prof. Titular José Rogério Cruz e Tucci. 2011.

NIGRO, Alessandro e VATTERMOLI, Danielle. *Diritto della crisi delle imprese, Le procedure concursali*, Terza Edizione, Il Mulino, 2014.

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

PENTEADO, Mauro. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. coord. Francisco Satiro de Souza Júnior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, RT, São Paulo, 2007.

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

PINTO JÚNIOR, Mário Engler. *A Teoria dos Jogos e o Processo de Recuperação de Empresas*, in *Doutrinas Essenciais, Direito Empresarial*, org. Arnaldo Wald, v. VI, RT, São Paulo, 2011.

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

RICCI, Edoardo F. *New trends in Insolvency Proceedings. General Reporter – Civil Law*, in *Direito Processual Comparado*. XIII World Congress of Procedural Law. Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 267 e ss.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil, Volume 1 - Processo de Conhecimento*, 7ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro. *Autonomia dos Credores na Aprovação do Plano de Recuperação Judicial*, in *Direito Empresarial e Outros Estudos de Direito em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*, CASTRO,

Rodrigo Rocha Monteiro, WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge e GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (coord.), Quartier Latin, São Paulo, 2013, pp. 100-113.

SZTAJN, Rachel. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. coord. Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. RT, São Paulo, 2007.

TEBET, Ramez, Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC nº 71 de 2003, que deu origem à Lei nº 11.101/2005, disponível em www.senado.gov.br

TERRANOVA, Giuseppe. La fattibilità del concordato. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. Anno CXI, 2013, Piccin. P. 198-221.

_____. Il concordato <con continuità aziendale> e i costi dell'intermediazione giuridica. *Il Diritto Falimentare e delle Società Commerciali*. Padova, CEDAM, Gennaio-Febbraio 2013, pp. 1-61.

_____. *Le nuove forme di Concordato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013.

_____. *Impreditori e Imprese nelle Procedure Concorsuali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014.

TOMAZZETE, Marlon. *Falência e Recuperação de Empresas*. v. 3, São Paulo, Atlas, 2011.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles. *A preservação da empresa, mesmo na falência*, in *Direito Recuperacional, Aspectos Teóricos e Práticos*, coord. Newton de Lucca. São Paulo, Quartier Latin, 2009.

_____. *Recuperação Judicial de Grupo de Empresas*, in *Temas de Direito Empresarial em Homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros*

Leães, coord. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira von Adamek, Malheiros, São Paulo, 2014.

_____. *O Plano de Recuperação e o Controle Judicial da Legalidade*, Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 16, Revista dos Tribunais, São Paulo, abril-jun/2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, RT, São Paulo, 2ª ed., 2001.

_____. *Limites Objetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil*, RT, São Paulo, 2006.

VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito Processual Falimentar*. Quartier Latin, São Paulo, 2008.

Páginas de Internet

www.accademiaaidea.it/wpaidea/wp-content/uploads/2013/11/Principi-di-attestazione-

www.fdcec.fi.it/attachments/article/134/Guida_operativa_relazioni_art_161_e_160.pdf

http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm

<http://www2.camara.leg.br/>

<http://portal.mpt.gov.br>

www.senado.gov

www.stj.jus.br

www.tjsp.jus.br

http://www.tribunale.novara.it/allegatinews/A_3538.pdf

Bibliografia

ARAGÃO, Leandro Santos de. *Assembléia-geral de credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o direitos societário*, in *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas* (coord. Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos de Aragão), Quartier Latin, São Paulo, 2006.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *A responsabilidade do garantidor na recuperação judicial do garantido*, Revista do Advogado, São Paulo, v. 29, n. 105, p. 129-34, set/2009

BEZERRA FILHO, Manoel Justino; BEZERRA, Adriano Ribeiro Lyra. *A verificação e a habilitação de créditos na recuperação judicial e na falência*, Revista do Advogado, São Paulo, v. 25, n. 83, p.82-8, set/2005.

CARIBÉ, Karla Virgínia Bezerra. *A recuperação judicial e extrajudicial na nova Lei de Falência*, Revista da Esmape, Recife, v.10, n. 21, p. 299-318, jan-jun/05.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Novação recuperacional*, Revista do Advogado, São Paulo, v. 29. n. 105, p. 115-28, set/2009.

CALEFFI, Antonio Marcelo. *Uma visão crítica da recuperação judicial instituída pela Lei 11.101/05 - Nova Lei de Falências*, Revista Jurídica, v.53, n. 333, p. 49-62, jul/2005.

COSTA, Wille Duarte. *Recuperação judicial de empresas*, Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, v. 6, p.275-84, 1999.

COUTO, Mônica Bonetti. *Contornos do Sistema Recursal na Lei de Recuperação de Empresas e Falências (Lei 11.101/2005)*, in *Direito Processual Empresarial*, coord. Gilverto Gomes Bruschi *et alli*, Campus Jurídico/Elsevier, São Paulo, 2012, pp. 573-589.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A Assembleia Geral de Credores na Nova Lei Falimentar*. In *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo, Malheiros, 2009.

KATUDJIAN, Elias. *Pela (re)inclusão dos créditos incluídos da recuperação*, *Revista do Advogado*, São Paulo. v. 29, n. 105, p. 49-53, set/2009

LAMEGO, Nelson Luiz Machado. *Recuperação de crédito: evitando a excussão judicial de garantias*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 891, p. 9-28, jan/2010.

MARTINS, Sergio Pinto. *Alienação na recuperação judicial e sucessão trabalhista*, *LTr: legislação do trabalho, Suplemento trabalhista*, São Paulo, v. 43, n. 98, p. 413-4, 2007

MEDINA PANTOJA, Fernanda. *Limitação ao direito de recesso no curso do processo de recuperação judicial de sociedade anônima*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 857, n. 96, p. 54-75, mar/2007.

MENDES, Luis Cláudio Montoro. *O crédito extraconcursal previsto no art. 67 da Lei n. 11.101/2005: as características do crédito extraconcursal e sua importância como elemento incentivador da continuidade da empresa*, *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 29, n. 105, p.93-100, set/2009.

MILANI, Mário Sérgio. *Lei de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência Comentada*, Malheiros, São Paulo, 2011.

PINTO, José Emílio Nunes. *A arbitragem na recuperação de empresas*, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 79-100, out-dez/2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, v. III, RT, São Paulo, 1972.

SANTOS, Paulo Penalva. *Aspectos polêmicos da recuperação extrajudicial*, Revista do Advogado, São Paulo, v. 29, n. 105, p. 159-68, set/2009

SOUZA, Daniel Adensohn de. *A recuperação judicial: disposições gerais, pedido e processamento*, Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 46, n. 147, p.153-80, jul-set/2007.

SIMIONATO, Frederico A. Monte. *Tratado de Direito Falimentar*, Forense, Rio de Janeiro, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Alguns aspectos processuais da Nova Lei de Falências*. Revista IOB, nº 39, jan-fev/2006.

VENTURA, Paulo Roberto Leite. *Recuperação de empresas sob a ótica da nova legislação falimentar*, Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 8, n. 32, p. 45-8, 2005.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *O Status jurídico do controlador e dos administradores na recuperação judicial*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 45, n. 143, p. 21-38, jul/set 2006.

ANEXOS

Decreto di ammissione di concordato preventivo

C.P. 30/13



Tribunale di Novara
Sezione Fallimentare

Così composto:

Dott./ssa G. Pascale Presidente nel,Dott./ssa F. Profornoni GiudiceDott./ssa M. Valsecchi Giudice

ha pronunciato il seguente

DECRETO

A) IN FATTO

- vista la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo depositata da Shaf s.p.a.;
- rilevato che la domanda è stata approvata e sottoscritta a norma dell'art. 152 L.F.;
- rilevato che la ricorrente ha depositato;
 - a) relazione aggiornata al 31.1.14 sulla situazione patrimoniale economica e finanziaria dell'impresa;

- b) *lo stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dell'importo dei crediti e delle cause di prelazione;*
- c) *la relazione ex art. 161, comma3, L.F. a firma del rag. Massimo Melone (professionista avente i requisiti di cui all'art. 67, 3° comma lett. d) L.F.) che attesta la veridicità dei dati aziendali su cui si fonda la situazione patrimoniale allegata alla proposta di concordato preventivo, e la fattibilità del piano ivi illustrato, redatto sulla base dei dati aziendali esaminati e delle verifiche compiute ed analiticamente indicate nella relazione;*
- *rilevato altresì che la domanda non contiene la suddivisione dei creditori in classi;*
 - *rilevato che è in atti nulla osta del pre-CG prof.ssa Patrizia Riva;*
 - *rilevata la regolarità e la completezza formale della documentazione prodotta dalla ricorrente:*

B) IN DIRITTO

Va opportunamente premesso che questo Collegio, condivide l'opinione di Cass. 25/10/2010 n. 21826 per la quale:

" ... omissis ... L'(attuale) disciplina del concordato preventivo, appare ispirata da una esigenza di carattere fondamentale: garantire che i creditori siano messi in condizione di prestare il loro consenso con cognizione di causa, vale a dire che abbiano a manifestare un consenso informato e non viziato da una falsa



rappresentazione della realtà. Se la veridicità dei dati da valutare al fine della manifestazione del consenso deve essere garantita soprattutto dal commissario giudiziale, come si ricava dalle disposizioni che lo riguardano, l'assolvimento del suo compito richiede - com'anche la necessità che la proposta di concordato sia seria e non abbia finalità meramente dilatorie — che la documentazione, prodotta dal debitore, che costituisce la base di partenza delle sue indagini e valutazioni, sia completa e soprattutto che possa essere inquadrata effettivamente nel tipo richiesto dal legislatore. Tale fondamentale esigenza richiede di verificare che la relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa sia aggiornata e che contenga effettivamente una dettagliata esposizione della situazione sia patrimoniale, sia economica, sia finanziaria dell'impresa; che lo stato analitico ed estimativo delle attività possa considerarsi tale e che la relazione del professionista attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, sia adeguatamente motivata indicando le verifiche effettuate, nonché la metodologia ed i criteri seguiti per pervenire alla attestazione di veridicità dei dati aziendali ed alla conclusione di fattibilità del piano. Solo in tal modo il commissario giudiziale può essere messo in condizione di valutare criticamente detta documentazione e conseguentemente elaborare una relazione idonea a rendere possibile, da parte dei creditori chiamati a votare la proposta, la percezione quanto più esatta possibile della realtà imprenditoriale, della natura e delle dimensioni della crisi e di come la si intenda affrontare. In sintesi quanto suddetto sostanzia il potere di controllo del Tribunale sulla proposta e sulla documentazione allegata, senza che possa sovrapporsi,



nell'effettuare il controllo dei presupposti di ammissibilità, alla valutazione di fattibilità contenuta nella relazione del professionista allegata alla proposta e senza che possa effettuare accertamenti in ordine alla veridicità dei dati aziendali, che la legge riserva al commissario giudiziale, reagendo alla mancanza di veridicità con il prevedere, su denuncia obbligatoria da parte del commissario giudiziale, la sanzione della immediata revoca da parte del Tribunale del concordato".

- Rilevato che il piano concordatario e la documentazione di supporto sono accompagnati dalla relazione del rag. Massimo Melone (professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, 3° comma, lett. d, L.F.) che conclude attestando, sotto la sua responsabilità, la "veridicità" (cioè l'attendibilità) dei dati aziendali e la "fattibilità" del predetto piano;

- ritenuto che tale attestazione appare motivata e, se pur sommariamente verificata dal Tribunale nella fase c.d. "istruttoria", è destinata a subire l'approfondito vaglio critico di merito del commissario giudiziale, alla luce di quanto emergerà dall'esame dettagliato dalla documentazione sociale e dai successivi contatti con i creditori;

- preso atto che la proposta di concordato in esame non comprende la disponibilità dell'attuale legale rappresentante della ricorrente a fungere, a titolo gratuito, da liquidatore giudiziale della auspicata "cessio bonorum";



- preso atto infine che la proponente prevede che l'esecuzione del concordato avvenga, al massimo, entro il 31.12.16;
- ritenuto, alla luce della documentazione prodotta, che la ricorrente versa in stato di insolvenza irreversibile e non di crisi temporanea.

P.Q.M.

- Visti gli artt. 160 e ss L.F.;

- 1) dichiara aperta la procedura di concordato preventivo chiesta da Shaf s.p.a.;
- 2) delega alla procedura il Giudice dott.ssa Pascale;
- 3) nomina quale commissario giudiziale la ^{per}~~rag./dott./avv.~~ Patrizia Riva;
- 4) tenuto conto del carico di ruolo del GD, a seguito dei vuoti di organico, con adunanze di creditori già fissate settimanalmente dal c.m. sino a tutto il mese di ottobre del 2014, dispone che l'adunanza dei creditori si svolga all'udienza del 24.11.14 alle ore 12.30 avanti al predetto Giudice Delegato (Palazzo di Giustizia di Novara, Sezione Fallimentare);
- 5) dispone:
 - a) che il Commissario Giudiziale proceda alla verifica dell'elenco dei creditori e dei debitori con la scorta delle scritture contabili presentate a norma dell'art. 161 L.F., apportando le necessarie rettifiche (art. 171, 1° comma L.F.);



b) che il Commissario Giudiziale entro gg.15 dalla data di pubblicazione del presente decreto provveda a comunicare ai creditori, a mezzo posta elettronica certificata, se il relativo indirizzo del destinatario risulta dal registro delle imprese ovvero dall'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti e, in ogni altro caso, a mezzo lettera raccomandata o telefax presso la sede dell'impresa o la residenza del creditore, un avviso contenente la data di convocazione dei creditori, la proposta del debitore, il decreto di ammissione, il suo indirizzo di posta elettronica certificata, l'invito ad indicare un indirizzo di posta elettronica certificata, le cui variazioni è onere comunicare al commissario. Nello stesso avviso è contenuto l'avvertimento di cui all'articolo 92, primo comma, n. 3). Tutte le successive comunicazioni ai creditori sono effettuate dal commissario a mezzo posta elettronica certificata. Quando, nel termine di quindici giorni dalla comunicazione dell'avviso, non è comunicato l'indirizzo di cui all'invito previsto dal primo periodo e nei casi di mancata consegna del messaggio di posta elettronica certificata per cause imputabili al destinatario, esse si eseguono esclusivamente mediante deposito in cancelleria. Si applica l'articolo 31-bis, terzo comma, sostituendo al curatore il commissario giudiziale (art. 171, 2° comma L.F. come novellato dall'art. 17 del DL n. 179/2012, convertito nella L. 17/12/2012 n. 221);

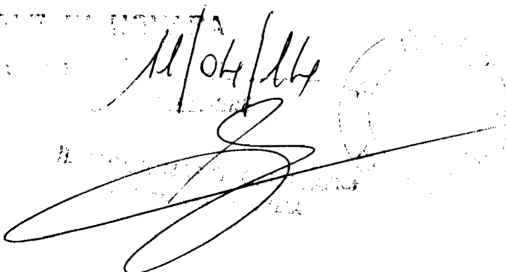


- c) che il Commissario Giudiziale rediga l'inventario del patrimonio del debitore e una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori, e la deposita in cancelleria almeno dieci giorni prima dell'adunanza dei creditori. Nello stesso termine la comunica a mezzo posta elettronica certificata a norma dell'articolo 171, secondo comma.(art. 172,1° comma L.F. come novellato dall'art. 17 del DL n. 179/2012, convertito nella L. 17/12/2012 n. 221);
- d) che entro il termine di 15 giorni dalla data di pubblicazione, la ricorrente depositi in cancelleria il 50% della somma necessaria per l'intera procedura, somma che sin d'ora si determina in euro 210.000,00 mediante versamento su conto corrente bancario intestato alla procedura presso BPN;
- e) che il presente decreto venga pubblicato nelle forme previste dall'art. 166 L.F. e sul quotidiano *Il Sole 24 Ore*, e sul sito www.tribunale.novara.it del Tribunale di Novara in base alle convenzioni concordate.
- Si comunichi alla ricorrente ed al P.M. Sede.

Novara, 10/04/14

Il Presidente nel
Giudiciale Tosca

TRIBUNALE DI NOVARA
11/04/14



Decreto di omologazione di concordato preventivo

N. R.G. 40/2012



REPUBBLICA ITALIANA
TRIBUNALE ORDINARIO di PRATO

Sezione Fallimentare Ufficio di Prato FALLIMENTARE

Il Tribunale, in composizione collegiale nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. Maria Novella Legnaioli	Presidente Relatore
dott. Raffaella Brogi	Giudice
dott. Marinella Acerbi	Giudice

Premesso che

La società STYLETEX SPA, con sede in Montemurlo (Prato) via XXV Aprile 6/8, in data 8.11.12 ha depositato ricorso ai sensi dell'art. 161 comma 6 l. fall. contenente la domanda di concordato riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi 2 e 3 entro il termine che il tribunale ha fissato in 120 gg. .

Nel termine fissato e cioè l'8.3.13 la società STYLETEX SPA ha depositato la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 161.

La proposta contenuta nel ricorso prevedeva il pagamento integrale delle spese di giustizia e di procedura in prededuzione nonché dei creditori privilegiati ed il pagamento parziale dei creditori chirografari suddivisi in cinque classi:

classe I: chirografari non assicurati e fornitori "strategici", questi ultimi solo per la parte di credito anteriore al 30 settembre 2011 (data di riferimento del piano ex articolo 67 legge fallimentare elaborato in un primo tempo dalla società ma poi non perfezionatosi) pagamento nella misura del 30%;

pagina 1 di 16

Firmato Da: LEGNAIOLI MARIA NOVELLA Emesso Da: POSTECOM CA3 Sentiff: 4f988 - Firmato Da: BIONDI ANNA Emesso Da: POSTECOM CA3 Sentiff: 5be88



classe 2: banche assistite da garanzie consortili o da fideiussioni dei soci o di terzi (oltre ai garanti in surroga) pagamento in misura pari al 25%;

classe 3: fornitori "strategici" per la parte relativa forniture effettuate dopo la data di riferimento del piano ex articolo 67, pagamento nella misura dell'80%;

classe 4: fornitori assicurati (oltre ad assicurazioni in surroga) pagamento nella misura del 3%;

classe 5: banche non assistite da garanzie fideiussorie o consortili, pagamento in misura pari al 35%;

classe dei creditori postergati e senza diritto di voto;

Il piano su cui la proposta si fondava prevedeva tre distinte modalità di generazione delle risorse finanziarie necessarie per il pagamento dei debiti alla data del deposito del ricorso: 1) flussi finanziari derivanti dalla prosecuzione dell'attività aziendale; 2) ricavato della vendita dei beni immobili non strumentali all'attività di impresa al netto degli oneri su di essi gravanti; 3) intervento da parte del socio Megafin Srl.

Erano indicati i seguenti tempi di esecuzione del concordato: 1) pagamento integrale, entro 12 mesi dal decreto di omologazione del concordato, delle spese di giustizia, dei compensi al commissario giudiziale e agli eventuali ausiliari nonché delle altre eventuali spese di procedura, ed altresì del compenso al professionista attestatore e agli altri creditori assistiti da privilegio generale mobiliare; 2) pagamento secondo tempistiche differenziate dei creditori chirografari: classe 1) pagamento nella misura del 30%, senza interessi, di cui un quarto entro un anno dal decreto di omologazione del concordato (con corresponsione di interessi al tasso legale) e la differenza entro 60 giorni dalla vendita dell'immobile non strategico sito in Forte dei Marmi, ma comunque non prima dei pagamenti spettanti ai creditori privilegiati; classe 2) pagamento in misura pari al 25% con consolidamento del debito in otto anni, prima rata entro un anno dal decreto di omologazione (con interessi legali nel periodo di moratoria) e successive numero 13 rate semestrali al tasso annuo del 6%; classe 3) pagamento nella misura dell'80% integralmente entro un anno dal decreto di omologazione, con corresponsione di

pagina 2 di 16



interessi al tasso legale nel periodo di moratoria, ovvero precedentemente (anche prima dell'omologa) qualora sussistano le condizioni di cui all'articolo 182 quinquies comma quarto legge fallimentare; classe 4) pagamento nella misura del 3% entro un anno dall'omologazione senza corresponsione di interessi; classe 5) pagamento nella misura del 35%, consolidato in cinque anni, con prima rata entro un anno dal decreto di omologazione (con interessi legali per il periodo di moratoria) e successive nove rate semestrali al tasso annuo del 6%.

Il tribunale di Prato, ritenuta la corretta formazione delle classi e la sussistenza delle condizioni di ammissibilità del concordato, ivi comprese, con riferimento al piano con continuità aziendale, l'indicazione analitica dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività di impresa e la relazione attestante la funzionalità di detta prosecuzione al miglior soddisfacimento dei creditori, ha dichiarato aperta la procedura di concordato preventivo con decreto depositato il 9.04.2013, nominando commissari giudiziali Il Prof. Niccolò Abriani ed il dott. Fabrizio Franchi e stabilendo la data del 26.6.13 ore 11.30, per l'adunanza dei creditori.

L'adunanza è stata poi rinviata al 25.9.13 su richiesta della società debitrice e con il parere favorevole dei commissari.

I commissari giudiziali hanno depositato la relazione ex art. 172 l. fall. il 16.9.13.

Nella relazione i commissari hanno evidenziato alcune criticità o impostazioni della proposta non condivisibili, tra le quali le seguenti:

-con riferimento alla suddivisione dei creditori in classi, hanno criticato sia la rilevanza conferita dalla proposta alla data del 30.9.11 (relativa al piano di risanamento ex art. 67 comma 3 lett. d) l. fall.) quale discrimine per l'inserimento del credito in due classi diverse sia la formazione della classe I costituita da creditori con posizione giuridica ed interessi economici non omogenei in quanto accogliente i fornitori strategici ante piano art. 67 l. fall. e fornitori non strategici non assicurati;



-in merito alle classi 2 e 5 i commissari hanno evidenziato come l'ampiezza dell'orizzonte temporale impedisse un serio giudizio prognostico circa l'effettiva realizzabilità dei flussi di cassa sufficienti a coprire il fabbisogno finanziario del concordato;

-hanno ritenuto non corretta la destinazione ai creditori chirografari dell'eventuale maggior ricavo della vendita dell'immobile soltanto fino alla concorrenza del valore massimo di perizia e non di tutto il maggior ricavo;

-hanno sottolineato l'importanza dell'indicazione da parte del tribunale di specifiche modalità di liquidazione, in quanto il piano, seppure con continuazione dell'attività aziendale, prevede anche la cessione degli asset non strategici;

-hanno rilevato la mancanza di obbligo vincolante per la garanzia che Megafin srl si è impegnata a fornire al fine di assicurare il versamento della somma di e. 620.000;

-hanno osservato la mancanza di trattative con gli istituti di credito in ordine ai finanziamenti necessari al piano di continuità aziendale;

-hanno infine evidenziato come l'attestazione di fattibilità del piano contenesse condizioni e variabili tali da inficiarne le conclusioni;

A fronte delle valutazioni dei commissari la società ha precisato di volere destinare ai creditori chirografari tutto l'eventuale maggior ricavo della vendita dell'immobile e ha chiesto un differimento dell'udienza del 25 settembre al fine di modificare ed integrare la proposta ed il piano.

Con il parere favorevole dei commissari l'udienza è stata rinviata all'11.12.13.

La modifica corredata dalla integrazione della relazione di attestazione è stata depositata l'11.11.13.

In particolare sono state apportate le seguenti variazioni:

-eliminazione della distinzione all'interno dei creditori strategici tra quelli ante piano art. 67 e quelli post piano;

-rideterminazione delle percentuali spettanti alle singole classi in conseguenza di diverse valutazioni in ordine ai privilegi e di fatti sopravvenuti;

pagina 4 di 16

Firmato Da: LEGNANOLI MARIA NOVELLA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial# 41968 Firmato Da: BIONDI ANNA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial# 5b668



classe 1: chirografari non assicurati non "strategici" 24%;

classe 2: banche assistite da garanzie 24%;

classe 3: fornitori "strategici" 76%;

classe 4: fornitori assicurati (oltre ad assicurazioni in surroga) 3%;

classe 5: banche non assistite da garanzie 30%;

-rideterminazione dei tempi di adempimento:

classe 1) entro 18 mesi dal decreto di omologazione del concordato ma non prima dell'incasso del prezzo della vendita dell'immobile non strategico sito in Forte dei Marmi: ipotesi pagamento: ottobre 2015;

classe 2) entro 8 anni, prima rata entro 18 mesi dal decreto di omologazione (con interessi legali nel periodo di moratoria) e successive numero 15 rate semestrali al tasso annuo del 6%; ipotesi pagamento prima rata: ottobre 2015;

classe 3) entro 18 mesi dal decreto di omologazione del concordato ma non prima dell'incasso del prezzo della vendita dell'immobile non strategico sito in Forte dei Marmi: ipotesi pagamento: ottobre 2015 ovvero precedentemente in presenza delle condizioni di cui all'articolo 182 quinquies comma quarto legge fallimentare; senza interessi;

classe 4) entro 24 mesi dal decreto di omologazione del concordato ma non prima di 120 dall'incasso della vendita dell'immobile non strategico sito in Forte dei Marmi: ipotesi pagamento: marzo/aprile 2016 senza corresponsione di interessi;

classe 5) entro 5 anni dal decreto di omologazione del concordato con prima rata entro 18 mesi dall'omologa ma non prima dell'incasso del prezzo della vendita dell'immobile non strategico sito in Forte dei Marmi: ipotesi pagamento prima rata: ottobre 2015;

E' stato meglio precisato il piano industriale cui sono state apportate rettifiche e integrazioni.

Sono state meglio precisate le garanzie promesse in ordine all'adempimento di Megafin e quest'ultima, proprietaria degli immobili occupati da Styletex, ha manifestato la disponibilità a ridurre

pagina 5 di 16

Firmato Da: LEGNAIOLI MARIA NOVELLA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serialif: 41968 - Firmato Da: BIONDI ANNA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serialif: 5be68



il canone del 50% nel caso di mancata prestazione degli affidamenti bancari, che si renderanno necessari soltanto a partire dal 2017.

I commissari hanno quindi integrato la relazione ex art. 172 l. fall. alla luce della modifica della proposta e ritenuto il piano fattibile e funzionale alla miglior soddisfazione dei creditori.

L'adunanza si è tenuta regolarmente nella data fissata.

All'udienza la società ha depositato: dichiarazione del legale rappresentante, Giacomo Innocenti, di costituzione della garanzia (pegno) di titoli presso Banca Mediolanum, dichiarazione di Megafin e delle socie di questa, Monica Tinchella e Rebecca Innocenti, di impegno a garantire la somma di e.619.000 e dichiarazione di Megafin di rinuncia ad un anno di affitto nel caso di necessità.

Il giudice delegato ha ammesso al voto anche la classe dei creditori postergati volontari condizionatamente all'omologazione del concordato, stante l'incidenza della proposta sulla loro soddisfazione nonché il credito della società Vallechiara accertato con sentenza, seppure allo stato non passata in giudicato,.

Infine ha considerato il credito di Simest spa tra i privilegiati ammettendolo per intero al voto, in quanto la proposta ne prevede il pagamento oltre l'anno di moratoria consentito.

La votazione ha avuto il seguente esito:

totalità dei crediti aventi diritto al voto a euro 11.551.713,20 di cui:

- e. 1.365.803,47 classe 1
- e. 3.330.435,87 classe 2
- e. 500.729,13 classe 3
- e. 1.223.354,23 classe 4
- e. 4.202.967,02 classe 5;
- e. 382.705,70 classe postergati volontari;
- e. 545.717,78 classe privilegiati 2;



prima dell'adunanza hanno espresso voto favorevole creditori per e. 44.270,92 e voto contrario creditori per euro 90.389,77, creditori tutti inseriti nella classe 1;

durante l'adunanza non vi sono state dichiarazioni di voto;

nei venti giorni successivi all'adunanza sono pervenuti voti contrari per e. 898.704,60 (classe 2) + e. 564.982,01 (classe 4) + e. 993.526,28 (classe 5) per un totale di e. 2.547.602,66 mentre non hanno espresso alcun voto creditori per e. 8.959.839,62;

i creditori che non hanno esercitato il voto sono stati considerati consenzienti come per legge.

E' stata, pertanto, raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto; (e. 9.004.110,54 pari al 77,946% degli ammessi al voto) e la maggioranza è stata raggiunta in tutte le classi.

Il tribunale ha fissato l'udienza del 19.03.14 ore 13 per la comparizione del debitore e del commissario giudiziale e disposto la pubblicazione del decreto a norma dell'art. 17 l. fall. e la notificazione, a cura del debitore, ai commissari giudiziali e ai creditori dissenzienti compreso Monte dei Paschi di Siena Leasing e Factoring Banca per i Servizi Finanziari alle Imprese Spa, quale creditore non ammesso al voto.

La società ricorrente si è costituita e ha richiesto l'omologazione del concordato.

I commissari giudiziali hanno depositato il motivato parere ex articolo 180 legge fallimentare nel quale, pur rilevando il regolare andamento della prosecuzione dell'attività aziendale, si sono espressi in senso negativo all'omologazione del concordato preventivo in quanto al momento non erano state prestate le ulteriori garanzie promesse circa l'adempimento dell'obbligazione di Megafin srl.

Su richiesta della società debitrice, motivata da maggiori tempi per costituire le garanzie promesse, l'udienza è stata rinviata al 9.4.14.

Sono state proposte le seguenti opposizioni:

Monte dei Paschi di Siena Leasing & Factoring Banca per i Servizi Finanziari alle Imprese Spa (tramite Banca Monte dei Paschi di Siena Spa) si è opposta all'esclusione del credito ex art. 176 comma 2 l. fall. e contestualmente all'omologazione del concordato.

pagina 7 di 16

Firmato Da: LEGNAGLI MARIA NOVELLA Emesso Da: POSTECON CA3 Serial#: 49568 - Firmato Da: BIONDI ANNA Emesso Da: POSTECON CA3 Serial#: 50668



Banca Monte dei Paschi di Siena Spa si è opposta all'omologazione del concordato.

All'udienza collegiale i commissari hanno dato atto del conferimento da parte della socia Megafin, Rebecca Innocenti, di mandato all'incasso dei titoli a lei intestati a favore della procedura concorsuale con atto a rogito notaio Lanza di Prato 8.4.14.

In conseguenza di ciò hanno dichiarato di modificare il parere espresso nella relazione 180 l. fall. e hanno dato parere favorevole all'omologazione, pur rilevando che la modalità attuativa della garanzia è parzialmente diversa da quella a suo tempo prefigurata.

Tutto ciò premesso si osserva quanto segue.

Il giudizio di omologazione ha per oggetto la domanda, proposta dall'imprenditore fin dal ricorso introduttivo, di regolare il proprio stato di crisi attraverso lo strumento del concordato preventivo.

Pertanto, analogamente a quanto avviene al momento dell'ammissione a tale procedura, il Tribunale deve valutare la sussistenza delle condizioni che legittimano l'imprenditore a richiedere che la propria crisi sia regolata attraverso l'istituto del concordato.

In proposito non sono intervenuti fatti che incidano sulla valutazione delle condizioni di ammissibilità della proposta già espressa con il decreto di ammissione.

Né sono intervenuti mutamenti di circostanze rispetto a quelli evidenziati dal Commissario Giudiziale e sottoposti ai creditori al momento della votazione.

Come chiarito dalla recente sentenza della Sezione Unite della Cassazione n. 1521 del 23.01.13 al Tribunale è rimesso unicamente il sindacato in ordine alla fattibilità giuridica del concordato che *"deve essere esercitato sotto il duplice aspetto del controllo di legalità sui singoli atti in cui si articola la procedura e della verifica della loro rispondenza alla causa del detto procedimento nel senso sopra delineato, mentre non può essere esteso ai profili concernenti il merito e la convenienza della proposta"*.

pagina 8 di 16

Firmato Da: LEGNARDI MARIA NOVELLA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 41953 - Firmato Da: BIONDI ANNA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 5b6f8



Il Tribunale ha *"il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato,... mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito di detto giudizio che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti"*

Detto *"controllo di legittimità si attua verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima da intendere come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha un contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi del debitore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro"*.

Il giudizio di fattibilità economica, di carattere prognostico con margini di opinabilità e possibilità di errore, che si traducono in un fattore di rischio per gli interessati, è invece rimesso ai creditori. È infatti *"ragionevole, in coerenza con l'impianto generale dell'istituto, che di tale rischio si facciano esclusivo carico i creditori, una volta che vi sia stata corretta informazione sul punto"*.

I commissari giudiziali fin dalla relazione di cui all'art. 172 l. fall. hanno espresso tutte le criticità del piano concordatario.

Nella fattispecie le criticità evidenziate dai commissari attengono alla fattibilità economica del piano e sono relative essenzialmente:

- alla quantificazione dell'ipotizzabile ricavato della vendita dei beni non strategici (immobile di Forte dei Marmi);
- alla capacità dell'impresa di generare i ricavi attesi nel piano attraverso la continuazione dell'attività aziendale, tenuto conto in particolare della notevole durata del piano e del fatto che a partire dal 2017 la società dovrà fare ricorso ad affidamenti bancari;
- all'effettivo adempimento dell'obbligazione assunta dalla società Megafin.



Le criticità evidenziate dipendono in particolare dal rischio di un minore ricavo dalla vendita dei beni da liquidare e dai dubbi che il piano industriale possa produrre i risultati attesi, tenuto conto anche dell'esteso arco temporale in cui il piano si sviluppa.

I creditori, messi al corrente di tale rischio con gli accertamenti dettagliati ed approfonditi dei commissari, hanno approvato a larga maggioranza il concordato.

Sono state tuttavia proposte due opposizioni con le quali "Monte dei Paschi di Siena Leasing & Factoring Banca per i Servizi Finanziari alle Imprese Spa" e "Banca Monte dei Paschi di Siena Spa" hanno chiesto il rigetto dell'omologazione per le medesime criticità già evidenziate dai commissari e quindi per motivi che attengono relativi al giudizio di fattibilità economica.

Come precisato tale giudizio spetta ai creditori e non al tribunale che deve a tale riguardo rispettare la volontà della maggioranza dei votanti.

Ciò tuttavia non esclude da parte del tribunale, in ciò aiutato dal giudizio "tecnico" dei commissari, il compito di valutare l'adeguatezza del piano, che deve essere analitico e fondarsi su dati veritieri ed ipotesi prevedibili sulla base delle circostanze al momento esistenti.

Non può essere rimesso alla decisione della maggioranza dei creditori, con pregiudizio dei dissenzienti, il rischio di fattibilità di un piano i cui margini di opinabilità e di errore siano talmente ampi da inficiarne la ragionevole tenuta e la probabilità di successo.

La presenza di opposizioni non muta l'oggetto del giudizio del tribunale, che rimane circoscritto alla fattibilità giuridica, ma determina la necessità di valutare in modo rigoroso la predetta adeguatezza e l'accettabilità del rischio da riversare sui creditori.

Nella fattispecie entrambe le opposizioni –si rinvia oltre la questione dell'ammissione al voto proposta da una delle due- hanno contestato:

a) l'incertezza del ricavato della vendita del bene immobile a Forte dei Marmi e dei tempi della medesima;



b) la mancata prestazione di garanzia da parte dei soci di Megafin in ordine all'impegno di versamento da quest'ultima assunta;

c) l'incertezza del piano in quanto esteso su arco temporale di durata eccessiva ed in quanto necessitante a partire dal 2017 di affidamenti bancari.

Non vi è dubbio che la prima contestazione circa l'incertezza del ricavato della vendita costituisca un rischio normale nei concordati con cessione, anche parziale, dei beni e che, una volta accertata l'esistenza ed il valore di perizia del bene, sia giustificato che del medesimo rischio si facciano carico i creditori.

Quanto alle garanzie per l'adempimento di Megafin, i commissari giudiziali all'udienza hanno dato atto, producendone copia, del mandato all'incasso di titoli per quasi e. 400.000,00 a favore della procedura concorsuale sottoscritto dalla socia di Megafin Innocenti Rebecca ed autenticato dal Notaio Enrico Lanza in data 8.4.14.

Rimane l'ultima contestazione sulla incertezza del piano.

Questo tribunale ha avuto già modo di osservare come la durata del piano incida sulla possibilità di formulare prognosi attendibili, essendo evidente come più avanti nel futuro siano spostati gli eventi minore sia la possibilità di prevederli e di valutarne la probabilità.

Non è tuttavia corretto fissare in linea generale un termine di durata oltre il quale ritenere sempre il piano non più attendibile e viziato da margini di rischio così elevati da renderlo inadeguato.

Occorre, invece, tenere conto anche delle caratteristiche del piano concretamente proposto.

Nella fattispecie i creditori privilegiati e tre classi su cinque di creditori chirografari vengono soddisfatti entro termini ben più brevi di quelli durata del piano, e cioè entro al massimo due anni.

Dopo tale periodo il piano prosegue per soddisfare soltanto le classi 2 e 5, che cominciano a ricevere i versamenti delle rate semestrali a partire da 18 mesi dall'omologazione fino ad arrivare a 5 anni per la classe 5 e ad 8 per la classe 2.



L'incertezza derivante dalla durata del piano, quindi, non incide nella stessa misura per tutti i creditori e la lunghezza risulta rilevante essenzialmente per la sola classe 2.

Va subito rilevato che gli oppositori non sono inseriti in tale classe, ma sono riconducibili alla classe 5, con tutte le conseguenze in termini di loro interesse ad opporsi all'omologazione non riguardando la durata del piano la loro posizione.

Va poi evidenziato che la classe 2 raggruppa creditori assistiti da garanzie nei confronti di coobbligati solidali e che, quindi, risultano maggiormente tutelati rispetto agli altri, potendosi soddisfare anche sul patrimonio di terzi.

Deve infine osservarsi come il piano, conformemente alle prescrizioni della legge, che richiede l'indicazione dettagliata delle modalità e dei tempi, scandisca con precisione i termini di pagamento sia dal punto di vista dell'importo delle rate che da quello della scadenza delle stesse.

Ciò consente di salvaguardare l'interesse dei creditori –segnatamente quelli della classe 2- a non vedersi espropriati del diritto di chiedere la risoluzione del concordato per inadempimento per tutta la durata del piano e fino alla sua conclusione, potendo essi reagire con riferimento alle scadenze prospettate qualora l'inadempimento non sia di scarsa importanza.

Trattandosi di concordato con continuazione dell'attività aziendale, dove i valori via via realizzati (dalle dismissioni di beni, dall'incasso dei crediti e dalla prosecuzione dell'attività) vengono anche reimpiegati nel ciclo produttivo e non destinati ai creditori, la percentuale a questi offerta, così come i tempi di soddisfazione, non possono avere la stessa valenza meramente indicativa ad essi attribuita nel caso in cui tutto il patrimonio del debitore venga posto nella disponibilità dei creditori.

Eventuali inadempimenti potranno essere fatti valere dai creditori interessati e giustificare la risoluzione del concordato in caso di non scarsa importanza.

Considerati tali strumenti di reazione e la maggiore tutela dipendente dalle garanzie in loro possesso i creditori della classe 2 risultano sufficientemente salvaguardati dal rischio insito nella prognosi di fattibilità di un piano di così lunga durata.



Alla luce di ciò la prevalenza della maggioranza sulla volontà di alcuni creditori a non subire i rischi del piano risulta giustificato e controbilanciato da tali meccanismi di tutela.

Il controllo del tribunale, anche alla luce delle opposizioni proposte, va effettuato in termini di ragionevolezza del rischio assunto (anche in relazione alle possibili tutele dei creditori) e probabilità di successo, non di certezza del risultato.

In tale controllo il tribunale si avvale del fondamentale ausilio dei commissari cui è demandato il compito non solo di fornire ai creditori tutte le informazioni necessarie affinché il voto espresso dalla maggioranza sia effettivamente consapevole e non casuale, ma anche quello di elaborare per il tribunale un giudizio tecnico che, analizzando in dettaglio ed in modo imparziale i dati e le previsioni del debitore, consenta al medesimo di valutare tale ragionevolezza.

Nella fattispecie i commissari hanno ritenuto il piano fattibile e funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori fin dalla relazione ex art. 172 l. fall depositata il 2.12.13, confermando il regolare andamento della continuazione dell'attività aziendale nel parere espresso ai sensi dell'art. 180 l.fall.

I creditori inoltre sono stati compiutamente informati in ordine agli aspetti critici del piano nelle plurime relazioni dei commissari, di volta in volta aggiornate in conseguenza delle integrazioni fornite dal debitore.

La maggioranza dei creditori, votando a favore della proposta, ha manifestato di preferire, seppure con l'alea del piano proposto, la gestione concordata della crisi rispetto alla liquidazione fallimentare.

Ne consegue che il controllo del tribunale, come sopra delineato in conformità ai principi enucleati dalle Sezioni Unite e sopra richiamati, non possa che arrestarsi di fronte al giudizio tecnico dei commissari ed alla verifica della legalità della procedura, che si è regolarmente svolta, consentendo ai creditori di ricevere adeguata informazione e di esprimere il proprio voto in modo consapevole, determinando il raggiungimento delle maggioranze previste dall'art. 177 l. fall..



Quanto alla ulteriore contestazione sollevata da Monte dei Paschi di Siena Leasing & Factoring Banca per i Servizi Finanziari alle Imprese Spa (tramite Banca Monte dei Paschi di Siena Spa) in relazione all'esclusione del proprio credito ex art. 176 comma 2 l. fall., si osserva che la procedura di concordato non è la sede per l'accertamento dei crediti contestati, che dovranno essere verificati nelle ordinarie cause di cognizione, e che in detta procedura la determinazione dell'esistenza, della natura e dell'importo dei crediti viene fatta ai fini della ammissione al voto e del computo delle maggioranze.

Nella fattispecie l'ammissione al voto del credito che la banca sostiene di vantare nei confronti della società non avrebbe inciso sull'approvazione del concordato, che sarebbe risultato comunque approvato dalla maggioranza dei creditori e dalla maggioranza delle classi (tutte esclusa la classe 5 cui sarebbe riconducibile l'opponente).

Tanto premesso, ravvisandone i presupposti di legge, il concordato deve essere omologato.

Poiché il piano proposto prevede la continuazione dell'attività aziendale, con cessione di un unico bene non strategico, non viene nominato il liquidatore.

Allo scopo, tuttavia, di tutelare i creditori, consentendo loro di utilizzare gli strumenti posti a loro disposizione dall'ordinamento nel caso di scostamenti rilevanti dal piano e di inadempimento della proposta, il tribunale ritiene necessario che l'attività aziendale sia costantemente monitorata dai commissari giudiziali.

A tale fine la società, con cadenza trimestrale, dovrà relazionare ai commissari in ordine all'andamento dell'attività, indicando analiticamente i costi ed i ricavi generati dalla prosecuzione dell'impresa e gli eventuali scostamenti dal piano proposto.

La relazione, con il parere dei commissari, sarà inviata al giudice e comunicata ai creditori via pec.

Ad ogni scadenza prevista nella proposta per il pagamento dei creditori, prima le spese di procedura ed i creditori privilegiati, poi le varie classi di creditori chirografari, la società dovrà inviare ai commissari una ulteriore relazione in ordine ai pagamenti effettuati ed alla loro misura.

Anche tali relazioni, con il parere dei commissari, dovranno essere inviate al giudice delegato ed ai

pagina 14 di 16

Firmato Da: LEGNANCI MARIA NOVELLA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serialif: 4998 - Firmato Da: BIONDI ANNA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serialif: 50688



creditori.

Infine, quanto alla liquidazione dell'unico asset non strategico di cui è prevista la cessione, si prescrive che l'individuazione dell'acquirente debba essere effettuata garantendo idonea pubblicità e la massima partecipazione degli offerenti che, nel caso siano più soggetti, dovranno essere posti in gara tra loro.

La società prima di procedere alla vendita dovrà comunicare il dettaglio della pubblicità che intende effettuare e le regole della gara al commissario.

All'esito delle operazioni di vendita dovrà dare adeguato riscontro delle modalità seguite.

PQM

Visto l'art. 180 L.F.

OMOLOGA

il concordato preventivo proposto dalla società "STYLETEX SPA", con sede in Montemurlo (Prato) via XXV Aprile 6/8 (c.f. e numero di iscrizione al registro imprese di Prato 03592520484),

CONFERMA

la nomina a commissari giudiziali con l'incarico di sorvegliare l'adempimento del concordato del Prof. Avv. Niccolò Abriani e del Dott. Fabrizio Franchi,

DISPONE

1) che la società con cadenza trimestrale invii ai commissari una relazione in ordine all'andamento dell'attività, indicando analiticamente i costi ed i ricavi generati dalla prosecuzione dell'impresa e gli eventuali scostamenti dal piano proposto; la relazione, con il parere dei commissari, sarà inviata al giudice e comunicata ai creditori via pec;

2) che la società ad ogni scadenza prevista nella proposta per il pagamento dei creditori, invii ai commissari una ulteriore relazione in ordine ai pagamenti effettuati ed alla loro misura; anche tali relazioni, con il parere dei commissari, dovranno essere inviate al giudice delegato ed ai creditori via pec;

pagina 15 di 16

Firmato Da: LEGNAICQU MARIA NOVELLA Emesso Da: POSTECOM CA3 Senaf#: 41958 - Firmato Da: BIONDI ANNA Emesso Da: POSTECOM CA3 Senaf#: 50668



3) quanto alla liquidazione dell'unico asset non strategico di cui è prevista la cessione, si prescrive che l'individuazione dell'acquirente debba essere effettuata garantendo idonea pubblicità e la massima partecipazione degli offerenti che, nel caso siano più soggetti, dovranno essere posti in gara tra loro; la società prima di procedere alla vendita dovrà comunicare ai commissari il dettaglio della pubblicità che intende effettuare e le regole della gara; all'esito delle operazioni di vendita la società dovrà dare adeguato riscontro delle modalità seguite ai commissari ed al giudice delegato.

Manda alla Cancelleria per la pubblicazione ai sensi dell'art. 17 LF e per la comunicazione al proponente, ai Commissari Giudiziali (che provvederanno, ai sensi dell'art. 180 terzultimo comma, LF a darne notizia ai creditori).

Prato 30.4.14

Il Presidente est.

dott. Maria Novella Legnaioli



Parere motivato su concordato preventivo (commissario giudiziale)

TRIBUNALE DI TRANI

Sezione Fallimentare

M.C. & C. s.r.l.

**in concordato preventivo con continuità aziendale
ex art.186-bis L.F.**

*Parere motivato del commissario giudiziale
ai sensi dell'art.180, 2° comma L.F.*

R.G. Conc.Prev.: n.6/2012

Giudice Delegato: dott.ssa Paola CESARONI

Commissario Giudiziale: dott. Antonio GRINER

M.C. & C. s.r.l. | 1
Concordato preventivo con continuità aziendale

Il sottoscritto dott. Antonio Griner in qualità di commissario giudiziale del Concordato Preventivo M.C. & C. s.r.l. nominato in data 29 gennaio 2013 con decreto del Tribunale di Trani n.6/2012, premesso che:

- la società M.C. & C. s.r.l. con sede in Andria alla strada provinciale Andra-Trani km.1,5 con capitale sociale di euro 102.763,60, iscritta la Registro delle Imprese di Bari al n.04038670727 R.E.A. n.289265, a mezzo del suo legale rappresentante sig. Moschetta Antonio ha depositato in data 8 ottobre 2012, presso la Cancelleria Fallimentare del Tribunale di Trani, ricorso contenente la domanda di pre-concordato preventivo ai sensi dell'art.161, sesto comma, L.F.;
- con provvedimento del 17 ottobre 2012 il Tribunale ha concesso il termine di 90 giorni per integrare la domanda di pre-concordato preventivo con la documentazione prevista dall'art.161, secondo e terzo comma, L.F.;
- in data 16 novembre 2012, in ottemperanza a quanto disposto dal Tribunale di Trani con il provvedimento del 18 ottobre 2012, è stata depositata dalla M.C. & C. s.r.l. una prima relazione informativa mensile sull'andamento dell'ordinaria amministrazione della società;
- successivamente in data 17 dicembre 2012 è stata depositata una seconda relazione sull'andamento gestionale ordinario;
- in data 16 gennaio 2013 la società "M.C. & C. S.R.L." ha depositato presso il Tribunale di Trani ricorso ex art.161 L.F. per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo integrato con la seguente documentazione:
 - o relazione situazione patrimoniale economico-finanziaria della società "M.C. & C. S.R.L.";
 - o stato analitico ed estimativo dell'attività ed elenco nominativo dei creditori;
 - o piano industriale;
 - o relazione del professionista ex art.161 L.F., dott.ssa Antonietta Palladino, attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano;
- la proposta prevede il pagamento integrale delle spese di giustizia e dei creditori privilegiati ed il soddisfacimento dei creditori chirografari nella misura del 52%;
- la tempistica per il pagamento dei creditori è la seguente:
 - o creditori privilegiati: pagamento del 100% entro dodici mesi dalla omologa del concordato;
 - o creditori chirografari:

- o pagamento del 20% di quanto previsto dalla proposta entro tre mesi dalla data di omologa del concordato;
 - o pagamento del 10% di quanto previsto dalla proposta entro sei mesi dalla data di omologa del concordato;
 - o pagamento del 20% di quanto previsto dalla proposta entro diciotto mesi dalla data di omologa del concordato;
 - o pagamento del 25% di quanto previsto dalla proposta entro ventiquattro mesi dalla data di omologa del concordato;
 - o pagamento del 25% di quanto previsto dalla proposta entro trentasei mesi dalla data di omologa del concordato;
- il Tribunale di Trani con decreto n.6/2012 R.G Conc.Prev. emesso in data 29 gennaio 2013 e depositato in data 30 gennaio 2013, ai sensi dell'art.163 L.F., ha dichiarato aperta la procedura di concordato preventivo della società M.C. & C. s.r.l., nominando Giudice Delegato la dott.ssa Paola Cesaroni e quale commissario giudiziale il sottoscritto dott. Antonio Griner;
 - con il medesimo decreto il Tribunale, ha disposto:
 - o che la società proponente provveda all'immediato deposito in cancelleria delle scritture contabili per l'annotazione ai sensi dell'art.170 L.F.;
 - o la convocazione dei creditori innanzi al Giudice Delegato per l'udienza del 4 aprile 2013 alle ore 9,30;
 - o che il commissario giudiziale provveda alla comunicazione ai creditori fino al 25 febbraio 2013 del decreto di apertura del concordato a norma dell'art.171 L.F.;
 - o che la società nel termine di 15 giorni depositi presso la Cancelleria fallimentare del Tribunale di Trani la somma di euro 30.000,00 pari a circa il 40% delle spese di procedura;
 - il sottoscritto commissario giudiziale, successivamente all'accettazione della carica in data 31 gennaio 2013, ha provveduto agli adempimenti di rito, e più precisamente:
 - o a comunicare al Registro Imprese di Bari in data 7 febbraio 2013, l'indirizzo di Posta Elettronica Certificata del sottoscritto commissario giudiziale ex art.17 comma 2-bis D.L. n.179/2012;
 - o ad inviare a n.190 creditori la comunicazione ex art.171 L.F., nel termine del 25 febbraio 2013 indicato nel decreto di ammissione, all'indirizzo di Posta Elettronica Certificata risultante dal Registro delle Imprese o, in mancanza, a mezzo raccomandata a/r;

- o alla trascrizione del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo al P.R.A., essendo la società proprietaria solo di beni mobili registrati e non di immobili;
- o all'esame della documentazione contabile della società ai fini della verifica e del riscontro dell'elenco dei creditori e debitori ai sensi dell'art.171 L.F.;
- o alla redazione dell'inventario ai sensi dell'art.172 L.F. depositato presso la Cancelleria Fallimentare in data 13 marzo 2013;
- o al deposito della somma di euro 30.000,00, versata dalla società M.C. & C. s.r.l. a titolo di acconto spese della procedura, mediante l'apertura del libretto a deposito a risparmio n.060/870/000/003289 presso la Banca Credem filiale di Andria, previa autorizzazione del Giudice Delegato;

- il Commissario Giudiziale ha depositato il 25 marzo 2013 la propria relazione ex art. 172 L.F. ed ha provveduto ad inviarla ai creditori ex art.172, 1° comma L.F. Nella sua relazione il commissario giudiziale ha ritenuto di rettificare alcune voci attive e passive riportate nella proposta concordataria sulla base di valutazioni e verifiche analiticamente effettuate con le scritture contabili e riportate nella relazione. Quindi il commissario ha proceduto a rettificare la proposta concordataria procedendo ad un riduzione dell' attivo concordatario da euro 2.983.131,33 ad euro 2.823.816,31, ed elevando il passivo concordatario da euro 4.534.532,48 ad euro 4.577.946,46. Alla luce delle rettifiche apportate alla proposta il commissario ha proceduto a confermare l'integrale pagamento dei crediti privilegiati e delle spese di giustizia, ed a rettificare la percentuale di soddisfo dei creditori chirografari dal 52% previsto nella proposta al 46,02% rideterminato dal commissario giudiziale.

- in data 4 aprile 2013 innanzi al Giudice Delegato dott.ssa Paola Cesaroni si è tenuta l'adunanza dei creditori ex art.174 L.F., nel corso del quale su un totale di creditori chirografari pari ad euro 3.249.575,94 sono stati espressi voti a favore della proposta di concordato per euro 549.754,92 pari al 16,92% e voti contrari per euro 97.877,54 pari al 3,01%. Non avendo raggiunto la maggioranza dei crediti il Giudice Delegato ha rinviato la verifica dell'esito della votazione allo spirare del termine dei 20 giorni successivi previsti dall'art.178 ultimo comma L.F.;

- che in data 29 aprile 2013 a seguito del decorso del termine previsto dall'art.178 ultimo comma L.F. si è proceduto all'integrazione del verbale di adunanza dei creditori, riportando l'esito finale della votazione sulla proposta di concordato preventivo presentata dalla M.C.&C. s.r.l. risultato approvato a maggioranza dei creditori chirografari con voti favorevoli per euro 2.952.260,67 pari al 90,85% del totale e voti contrari per euro 297.313,97 pari al 9,15%;

- in data 7 maggio 2013 il Tribunale di Trani, a seguito dell'approvazione del concordato, ha fissato per il 4 giugno 2013 l'udienza in camera di consiglio delle parti e del commissario giudiziale al fine di procedere al giudizio di omologazione a norma dell'art.180 L.F.

FATTI INTERVENUTI DOPO IL DEPOSITO DELLA RELAZIONE EX ART.172 L.F.

Successivamente al deposito della relazione ex art. 172 L.F. il commissario giudiziale evidenzia che:

- la Banca della Campania ha comunicato al sottoscritto l'avvenuta compensazione del pegno su titoli e degli interessi attivi maturati, per un totale complessivo di euro 317.972,88, con l'esposizione debitoria del mutuo chirografario n.421 10091636 garantito da pegno su titoli obbligazionari. Il sottoscritto ha comunicato a mezzo PEC alla Banca che tale compensazione a suo avviso è stata effettuata in violazione degli artt.168 e seguenti L.F. con le conseguenze previste dagli stessi articoli della legge fallimentare;
- in data 13 maggio 2013 la Banca Unipol ha notificato atto di precetto sia alla M.C.&C. s.r.l. che alla M.C. & C. ter s.r.l., in qualità di terzo datore di ipoteca, per il pagamento del residuo capitale del mutuo ipotecario per un importo complessivo di euro 740.953,66, a causa della decadenza dal beneficio del termine per il mancato pagamento delle rate del mutuo;
- in data 14 maggio 2013 l'avv. Pietro Di Palma, in qualità di difensore dei sigg. Lorusso Savino e D'Introna Antonio entrambi ex-dipendenti della M.C.& C. s.r.l., ha richiesto il pagamento a favore dei suoi assistiti della somma di euro 19.498,30 a titolo di TFR e mensilità dovute.

VERIFICA DELLE CONDIZIONE PREVISTE DAL PIANO CONCORDATARIO

La proposta di concordato preventivo presentata dalla società M.C. & C. s.r.l. con continuità aziendale ex art.186-bis L.F., si fonda essenzialmente sul soddisfacimento dei creditori sulla base della liquidità aziendale della società ma in particolare sulla possibilità di generare, attraverso la continuità aziendale, nuovi flussi finanziari necessari al pagamento dei creditori nelle percentuali previste dalla proposta.

I conti correnti aziendali presentavano al 3 maggio 2013 i seguenti saldi attivi:

Parere motivato del commissario giudiziale ex art.180, 2° comma L.F.

M.C. & C. s.r.l. | 5
Concordato preventivo con continuità aziendale

- BNL Gruppo BNP Paribas c/c n.1139	Euro 136.365,95
- Banca Popolare Pugliese c/c n.8084342	Euro 139.111,90
- Banca Popolare Pugliese c/c n.0001370	Euro 128.915,41
Totale disponibilità bancarie	Euro 404.393,26

Il sottoscritto commissario ha quindi proceduto al monitoraggio periodico dell'andamento economico-finanziario della società, al fine di verificare con l'ausilio di reports aziendali la possibilità del raggiungimento degli obiettivi previsti nella proposta.

Considerato che il principale dato societario di riferimento è dato dalle commesse acquisite ed in corso di esecuzione, il sottoscritto riporta di seguito quelle già acquisite fino al 15 maggio 2013 che rispetto all'obiettivo da raggiungere al 31 dicembre 2013, rappresentano il 56,75% del totale fatturato previsto pari ad euro 2.499.000,00:

CLIENTE	IMPORTO
ASSELITI RAFFAELE	€ 1.300,00
DR. GRAMEGNA GIULIO	€ 1.800,00
TERMO EDIL GALLO SRL	€ 1.050.000,00
APCOA PARKING ITALIA SPA	€ 17.100,00
MCDONALD'S DEVELOPMENT ITALY, INC.	€ 175.000,00
PROM.SELF SRL	€ 165.000,00
DI PINTO GIUSEPPE	€ 1.300,00
DIREZIONE GENERALE VVFF - PUGLIA	€ 4.462,81
GLOBAL SERVICE MOBILE SRL	€ 2.300,00
TOTALE COMMESSE ACQUISITE	€ 1.418.262,81

Alla luce di tali dati ed in considerazione che la società sta continuando una importante attività commerciale per l'acquisizione di nuove commesse, anche al di fuori del territorio nazionale, ritiene che ci siano i presupposti per poter raggiungere, almeno per l'anno 2013 gli obiettivi previsti dal piano industriale allegato alla proposta di concordato.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE DEL COMMISSARIO GIUDIZIALE

Il sottoscritto Commissario Giudiziale:

.....
Parere motivato del commissario giudiziale ex art. 180, 2° comma L.F.

- tenuto conto della proposta di concordato preventivo con continuità aziendale ex art.186-bis L.F. presentata in data 16 gennaio 2013 dalla società "M.C.&C. S.R.L" con sede in Andria;
- richiamata la propria relazione ex art.172 L.F. depositata in data 25 marzo 2013;
- considerato che le condizioni previste per la realizzazione della proposta concordataria in base all'andamento dell'attività aziendale si possano ritenersi, allo stato, positivamente realizzate;
- ritenuto che si debba procedere ad un monitoraggio continuo dell'andamento economico-finanziario della società, in particolare che l'attività sia ispirata ad una razionalizzazione dei costi aziendali per ottimizzare la redditività aziendale a beneficio dei creditori sociali;

allo stato degli atti e di tutta la documentazione messa a disposizione della società ed in suo possesso

ESPRIME

Parere favorevole alla proposta di concordato preventivo con continuità aziendale presentata dalla società M.C. & C. s.r.l.

Con osservanza.

Trani 24 maggio 2013

Il Commissario Giudiziale
Dott. Antonio Griner



Relazione del professionista su concordato preventivo (parte)

ALLEGATO 16

TRIBUNALE DI BERGAMO**- Sezione Fallimentare -**

Procedura di **CONCORDATO PREVENTIVO** ex art. 160 e segg. R.D.
16.3.1942 n.267, della Società “ **Iluna Group S.p.A.**”, corrente in Bergamo
(BG), via Verdi n.11

RELAZIONE DEL PROFESSIONISTA**ex art. 161 comma 3 L.F.**

Lo scrivente dott. Giovanni Castellucci, nato a Bergamo il 10.04.1963 e residente
in Bergamo (BG), di professione Dottore Commercialista, con studio in Bergamo,
viale Vittorio Emanuele II n.41;

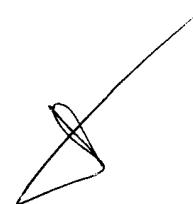
P r e m e s s o

- Che la società debitrice ha incaricato lo scrivente professionista alla predisposizione della relazione di cui al terzo comma dell'art. 161 della Legge Fallimentare;
- Che Iluna Group S.p.A., di seguito anche “Iluna Group” o la “Società”, con capitale sociale di € 959.650,00 interamente versato, in persona dell'amministratore unico Sig. Furio Annovazzi, intende sottoporre ai propri creditori una proposta di concordato preventivo ex art. 160 e segg. Legge Fallimentare;

ciò premesso, lo scrivente rende

RELAZIONE

di cui al 3° comma dell'art. 161 L.F..



RELAZIONE DEL PROFESSIONISTA EX ART. 161 3° COMMA L.F.

1

- il sostegno dei fornitori della società, in particolare il fornitore della materia prima Fulgar, che nel corso della procedura dovrà garantire a Iluna un fido che le permetta di pagare le forniture con dilazione di pagamento, da garantire se necessario anche con garanzie mobiliari;
- il sostegno del sistema bancario, come sopra descritto.

6) Conclusioni

Il giudizio di veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano richiesti dall'art.161 L.F. viene espresso sulla base delle ipotesi formulate sopra descritte, che sono altresì collegate anche a previsioni economico-finanziarie future.

La presenza di tali previsioni, che determinano parte delle risorse finanziarie e che derivano dal Piano industriale redatto per il periodo 2012-2014, creano alcune criticità già sopra evidenziate e che in sintesi non garantiscono la loro sicura realizzazione, in quanto sono derivanti da stime legate ad orizzonti temporali di 36 mesi e comunque contenenti elementi di discontinuità rispetto alla situazione attuale.

In tale contesto il professionista può comunque esprimere un giudizio circa la ragionevolezza delle ipotesi assunte; ed è allora che lo scrivente ha già detto e ribadisce che il piano formulato della Società è comunque coerente e programmato in base a proiezioni economico-finanziarie ponderate ed anche prudenziali.

Pertanto, la proposta formulata da Iluna Group S.p.A. prevede il pagamento dei creditori nelle seguenti misure:

- spese di procedura: 100%;
- creditori privilegiati: 100%;
- creditori chirografari: 29,18%.

Per quanto sopra esposto e ai sensi di quanto richiesto dall'art. 161 L.F., lo scrivente professionista, Dott. Giovanni Castellucci, alla luce delle analisi effettuate, pur con le limitazioni e le variabili sopra descritte analiticamente, ritiene che il piano di ristrutturazione dei debiti della Società, relativo a proposta concordataria di tipo "misto", sia comunque idoneo a consentire il pagamento proposto ai creditori e perciò,

attesta

- la veridicità dei dati aziendali contenuti nel piano e nella situazione patrimoniale;
- la fattibilità del piano legato alla proposta concordataria presentata dalla Società.

Con osservanza,

Bergamo, li 30 marzo 2012

Il professionista incaricato

Dott. Giovanni Castellucci



ALLEGATI:

- Allegato n.1: Piano Industriale Iluna Group S.p.A. 2012-2015;
- Allegato n.2: Dichiarazione sostitutiva di atto notorio del 28/03/2012 a firma del Legale rappresentante Sig. Furio Annovazzi