

10 ANOS DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS REFLEXÕES SOBRE A REESTRUTURAÇÃO EMPRESARIAL NO BRASIL

COORDENAÇÃO LUIS VASCO ELIAS | **AUTORES** ADRIANA MARIA CRUZ DIAS DE OLIVEIRA | ANA BEATRIZ MARTUCCI NOGUEIRA | ANA CRISTINA BAPTISTA CAMPI | ANTÓNIO AIRES | CELSO XAVIER | DANIEL CARNIO COSTA | DANIEL J. SOLTMAN | DANIELLA PIHA | EDUARDO G. WANDERLEY | EDUARDO SECCHI MUNHOZ | ERONIDES APARECIDO RODRIGUES DOS SANTOS | FELIPE EVARISTO DOS SANTOS GALEA | FLÁVIO LUIZ YARHELL | FRANCISCO L. CESTERO | FRANCISCO VAZQUEZ | GIULIANO COLOMBO | GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA | HOWARD SEIFE | IGOR SILVA DE LIMA | IVO WAISBERG | JESSE W. MOSIER | JOEL LUIS THOMAZ BASTOS | LEONARDO L. MORATO | LUIS AUGUSTO ROUX AZEVEDO | LUIZ FERNANDO VALENTE DE PAIVA | LUIZ ROBERTO AYOUB | MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO | MARCELO BARBOSA SACRAMONE | MARCELO CARPENTER | MARCOS DE BARROS LISBOA | MARIA ISABEL FONTANA | PAULO NARCÉLIO SIMÕES AMARAL | PAULO PENALVA SANTOS | PEDRO HENRIQUE TORRES BIANCHI | RAFAEL FRITSCH | RENATO AZEVEDO DANTÉS DOS REIS | RICARDO LORETTI HENRICI | RICHARD J. COOPER | ROBERTO LINCOLN DE S. GOMES JR. | RONALDO VEIRANO | THOMAS BENES FELSBERG | WALFRIDO JORGE WARDE JR.

LUIS VASCO ELIAS

Coordenador

**10 ANOS DA
LEI DE RECUPERAÇÃO
DE EMPRESAS E FALÊNCIAS
REFLEXÕES SOBRE A REESTRUTURAÇÃO
EMPRESARIAL NO BRASIL**

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, primavera de 2015
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua Santo Amaro, 316 - Centro - São Paulo

Contato: editora@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

Coordenação editorial: Vinicius Vieira

Produção editorial: José Ubiratan Ferraz Bueno

Diagramação: Victor Guimarães Sylvio

Revisão gramatical: Ronaldo Santos Soares e
José Ubiratan Ferraz Bueno

Projeto gráfico de capa: Inventum Design

Imagem da capa: Freeimages.com

ELIAS, Luis Vasco (coord.). 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil – São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ISBN 85-7674-808-8

1. Direito Comercial. 2. Direito Falimentar.
3. Lei de Falência e Recuperação de Empresas.
4. Reestruturação. I. Título

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito Comercial
2. Brasil: Direito Falimentar
3. Brasil: Lei de Falência e Recuperação de Empresas
4. Brasil: Reestruturação

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

27. Discricionariedade da Assembleia Geral de Credores e Poderes do Juiz na Avaliação do Plano de Recuperação Judicial

Walfrido Jorge Warde Jr.

Guilherme Setoguti J. Pereira

1. DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO ARTIGO

O processo judicial é uma solução de controvérsias heterocompositiva, na medida em que nele o litígio é resolvido por um terceiro imparcial (o Estado-juiz, corporificado na figura do magistrado), ao qual o ordenamento jurídico atribui a função de resolver a controvérsia.

Em razão disso, qualquer discussão a respeito de **modelos de processos judiciais** envolve reflexões a respeito das funções e dos limites do juiz: esse terceiro ao qual se atribui a função de resolver o litígio, por meio da adjudicação de uma solução que substitua a vontade das partes. Um exemplo do que se afirma é a velha e sempre nova discussão a respeito **dos poderes instrutórios** do magistrado, que já foi e continua a ser objeto de inúmeros trabalhos de estudiosos do Direito Processual Civil¹.

Como a recuperação judicial desenvolve-se por um processo, essa mesma discussão a respeito dos poderes do juiz coloca-se nesse âmbito². Talvez com um tempero ainda maior, pelo fato de que o processo de recuperação judicial apresenta certo caráter contratual, decorrente da aprovação do plano de recuperação e da relação de poder que se estabelece entre devedor e credores.

O processo de recuperação judicial, com efeito, é, por um lado, marcado por certo grau de autonomia e discricionariedade das partes, o que se mostra – para citar apenas alguns exemplos – pelas circunstâncias de que a sua propositura é uma faculdade do devedor (Lei nº 11.101/05, art. 48) e de que são os credores que aprovam o plano de recuperação (arts. 35, I, “a”, e 56) proposto pelo

¹ A esse respeito, v., por todos, BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, 4ª ed. São Paulo: RT, 2009.

² Exemplo disso é a discussão a respeito dos limites da atuação do magistrado na decisão de deferimento da recuperação judicial. Sobre o assunto, cf. ELIAS, Luis Vasco; NOGUEIRA, Ana Beatriz Martucci. “O deferimento do processamento da recuperação judicial”. In: *Processo societário II*. YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 444.

devedor (art. 53); o que inclusive já levou a se dizer que, na aprovação do plano, desenvolve-se uma “nova relação negocial” entre devedor e credores³.

Por outro lado, a recuperação desenvolve-se mediante uma relação jurídica processual, conduzida e orquestrada por um agente estatal (o juiz) e seus auxiliares (o administrador judicial, principalmente), aos quais cabe fazer cumprir a lei, inclusive para refrear, se necessário, o (ilegítimo) exercício da autonomia da vontade há pouco mencionada.

Por conta dessa tensão entre autonomia da vontade e controle estatal, as questões relativas aos limites da intervenção judicial no processo são ainda mais pulsantes na recuperação judicial, na comparação com os processos civis “comuns” ou “ordinários”.

Nesse contexto, o objeto deste artigo é tecer algumas considerações a respeito dos limites do escrutínio que o juiz pode fazer na aprovação de um plano de recuperação judicial, questão que, mesmo após 10 anos da Lei nº 11.101/05, continua a ser objeto de dissenso doutrinário e jurisprudencial, e, portanto, a ser pertinente e atual.

2. AS POSIÇÕES A RESPEITO DOS LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUIZ NA APRECIÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO

Não é nova a discussão sobre a intervenção do magistrado na decisão tomada pela assembleia geral de credores a respeito da aprovação do plano de recuperação e dos seus limites. Tanto a doutrina como a jurisprudência já se debruçaram sobre o assunto

Existe, de um lado, uma corrente que sustenta que ao juiz não é dada qualquer discricionariedade na apreciação do plano, ao argumento de que ele não tem condições de fazer um juízo sobre a sua viabilidade econômica. Ao magistrado, ainda segundo essa vertente, deve-se reservar um papel meramente homologatório da decisão tomada pelos credores, esses sim aptos e legitimados a tomar uma decisão a respeito de seu próprio crédito. Para essa corrente, desde que o plano tenha sido aprovado com atendimento aos requisitos objetivos previstos pela lei (aprovação pelos credores na forma do art. 45 da LRF; inexistência de objeção na forma do art. 55; apresentação

de certidão negativa de débitos tributários exigida pelo art. 57; etc.), o juiz deverá homologar o plano (art. 58)⁴.

Esse entendimento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.359.311⁵. O voto condutor do relator, Ministro Luis Felipe Salomão, sustentou que o fundamento da recuperação judicial é concretizar o princípio da função social da propriedade (CF, art. 170, II) e a diretriz constitucional que estabelece que o Estado deve incentivar a atividade econômica (CF, art. 174). A Lei nº 11.101/05, nessa medida, se diferenciaria da legislação falimentar anterior: enquanto no revogado Decreto Lei nº 7.661/45 o instituto da concordata tinha por finalidade tutelar o comerciante que se encontrava em dificuldade econômico-financeira transitória, na Lei 11.101/05 a recuperação judicial tem por escopo preservar a atividade empresarial (a empresa). A intenção da Lei nº 11.101/05 com o instituto da recuperação judicial, assim, seria a de preservar a empresa enquanto fonte geradora de empregos, tributos e riquezas, por força do que expressamente dispõe a norma do seu art. 47.

O julgado diferenciou, por seus aspectos teleológicos, a recuperação judicial da falência: enquanto esta, como forma de execução concursal, estaria “vocacionada primordialmente à satisfação dos interesses dos credores (...) mediante a preservação e otimização dos bens, ativos e recursos produtivos do devedor insolvente”, a recuperação procuraria “promover o equilíbrio entre os interesses dos credores e a manutenção da empresa”. Daí por que a recuperação judicial “traz consigo um custo social e de mercado, que é submissão dos credores, inclusive trabalhadores, a formas não propriamente mercadológicas de recuperação do crédito”.

Forte nessas premissas, o julgado afirmou que “a recuperação judicial, com a aprovação do plano, desenvolve-se essencialmente por uma nova relação negocial estabelecida entre o devedor e os credores reunidos em assembleia”, de modo que, no âmbito da submissão do plano ao colégio de credores, aplicar-se-ia o **princípio da liberdade contratual**. Isso levaria a serem pontuais e restritos os aspectos em que ao Estado é dado intervir na avença levada a efeito entre devedor e credores.

4 De acordo com Sheila Neder Cerezetti, esse era, ao menos em 2012, o entendimento prevalente em nossa jurisprudência (cf. CEREZETTI, Sheila Neder. *A recuperação judicial de sociedades por ações*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 325, nota 222).

5 STJ, REsp 1359311/SP, Mil. Rel. Luis Felipe Salomão, 4ª T. DJe 30/09/2014.

O aresto concluiu que, desde que atendidos os requisitos legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano foi aprovado em assembleia de credores, “não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear”. O julgador, assim, **pode exercer controle de legalidade do plano, mas não o de sua viabilidade econômica**. A competência para apreciação dessa última é única e exclusivamente dos credores da empresa em crise, aos quais, no âmbito da seara negocial da recuperação, cabe realizar juízos a respeito das probabilidades de sucesso da atividade e dos graus de restrição aos seus direitos de crédito.

Há, por outro lado, os que entendem que, além desses requisitos formais, cabe ao juiz apreciar também a viabilidade do plano, na medida em que na recuperação há também um interesse público envolvido, que deve ser tutelado pelo juiz. A aprovação do plano, assim, não seria resultado de um mero juízo negocial entre devedor e credores, mas deve atender também outros propósitos, como o de oferecer uma solução de continuidade à atividade empresarial e, conseqüentemente, permitir a recuperação da empresa.

Esse entendimento não deixa de ser fruto da mesma visão adotada por aqueles que entendem que, na apreciação do pedido de processamento da recuperação judicial, ao juiz cabe um exame não meramente formal dos requisitos do art. 51 da LRF – como entendem alguns autores⁶ –, mas também substancial, a fim de que se verifique desde logo se a empresa tem condições de se recuperar⁷.

3. UM FALSO DILEMA?

As duas posições que acabam de ser mencionadas são defensáveis e têm seus acertos e desacertos. Mas, de acordo com a visão dos autores deste artigo, a contraposição que resulta delas é reducionista, pois desconsidera aspectos de uma questão que é mais complexa.

Não há dúvida de que os credores têm, em geral, mais acesso à informação necessária à realização de um juízo sobre o plano de recuperação, quer porque,

6 Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 218 e seguintes.

7 Sobre o assunto, cf. ELIAS, Luis Vasco; NOGUEIRA, Ana Beatriz Martucci. “O deferimento do processamento da recuperação judicial”. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 444 e 445.

via de regra, alguns estão acostumados com o dia a dia empresarial e, portanto, detêm os conhecimentos necessários para realizar uma análise profissional da proposta, quer porque, mesmo não sendo profissionais de mercado, conhecem melhor do que o juiz os interesses envolvidos e, sobretudo, o compassamento do plano às suas necessidades particulares. Os credores teriam, nesse contexto, mais instrumentos cognitivos e incentivos para resolver o problema da forma mais eficiente possível. A assimetria de informações é menor para os credores, ao menos na comparação com o magistrado.

Não se deve esquecer, entretanto, que o instituto da recuperação não tem por escopo tutelar **apenas** os credores da empresa em crise. Fosse esse o caso, pouquíssima ou nenhuma seria a oportunidade de intervenção judicial. A recuperação judicial tutela a empresa em si e todos os interesses que gravitam em seu entorno, como os de investidores, trabalhadores, consumidores etc.

Não é exata, por esses motivos, a afirmação de que na submissão do plano de recuperação à aprovação da assembleia geral de credores se instalaria uma **relação meramente negocial e obrigacional**.

A recuperação de empresas tutela evidentemente a empresa, mas também o crédito. E se trata, por certo, de uma tutela institucional da empresa e do crédito, pelo que transcende o interesse do grupo de credores, que, em concreto, aprovam ou desaprovam um dado plano. O zelo pela higidez do processo, de seus aspectos formais e também materiais, que convergem para a viabilidade do plano, insere-se no espectro de competências do magistrado. E não poderia ser diferente, porque, se há vício de forma ou se o plano for inviável, sucumbem os interesses jurídicos protegidos.

Em sentido similar ao que aqui se defende é o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, que defende um controle judicial de legalidade a respeito do plano de recuperação:

“Aprovação de plano pela assembleia de credores. Ingerência judicial. Impossibilidade. Controle de legalidade das disposições do plano. Possibilidade. Recurso improvido. 1. 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.”⁸

Assim também vêm entendendo as Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao defenderem que, apesar de a assembleia geral de credores ser soberana na apreciação do plano de recuperação, ao Judiciário cabe fazer um juízo de legalidade – e não de mérito – a esse respeito:

“Homologação do plano aprovado por assembleia geral de credores. Aprovação de plano de recuperação judicial por assembleia de credores goza de autonomia, respeitada a vontade das partes envolvidas, mas sujeito ao controle da legalidade e respeito aos princípios de ordem pública que orientam o direito contratual.”⁹

“Homologação do plano aprovado pela Assembleia Geral de Credores. Soberania da decisão assemblear que não é absoluta, competindo ao juiz observar, mais do que apenas a sua legalidade e constitucionalidade, a ética, a boa-fé, o respeito aos credores e a manifesta intenção de cumprir a meta de recuperação.”¹⁰

“Plano aprovado pela assembleia de credores e homologado pelo MM. Juiz de Direito. Aprovação que não o torna imune à verificação, pelo Poder Judiciário, sobre aspectos de sua legalidade e obediência a princípios cogentes que iluminam o direito contratual. Resultado final dos vetores deságio, tempo, fator de atualização e juros, no caso concreto, que implica sacrifício desmedido aos credores e afasta a homologação ocorrida em Primeiro Grau de Jurisdição. Recurso provido.”¹¹

A viabilidade econômica do plano não é, portanto, apenas uma preocupação legítima do magistrado, mas sobretudo um elemento essencial da jurisdição que exerce. Resta saber, contudo, quais são os atos objetivos de tutela dessa viabilidade que competem ao juiz.

Ao magistrado não é dado, por certo, fazer juízos negociais. Nesse caso, o juízo, do lado dos credores, decorre de um conclave, no qual se constitui um negócio jurídico deliberativo. O conclave forma a vontade vinculante dos credores e manifesta-a por meio de uma deliberação que aprova ou reprovava o plano. Em caso afirmativo, a deliberação dispõe (cria, extingue ou modifica)

9 TJSP, AI 2111710-69.2015.8.26.0000, Rel. Francisco Loureiro, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 05/10/2015.

10 TJSP, AI 2147847-50.2015.8.26.0000, Rel. Maia da Cunha, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 10/09/2015.

11 TJSP, AI 2092603-39.2015.8.26.0000, Rel. Francisco Loureiro, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 26/08/2015.

massiva, mas individualmente, de cada relação jurídica outrora estabelecida entre credor e devedor¹².

É tarefa do magistrado, entretanto, impedir que esse juízo dos credores vulnere a tutela institucional da empresa e do crédito. A deliberação – e, antes dela, o plano que a deliberação deseja aprovar – não pode ser evidentemente inviável e não pode menoscabar interesses (a exemplo dos créditos menos expressivos) apenas porque são insuficientes à oposição de óbices. É nesse contexto que se banalizam a empresa e o crédito, os dois bens jurídicos tutelados pela recuperação. Se o magistrado permite que isso aconteça, então, esvaiu-se entre os seus dedos o todo de sua tarefa jurisdicional.

Isso se torna ainda mais claro quando se tem em mente que a aprovação do plano pelos credores se dá por meio de uma deliberação, que – repise-se –, como todo ato de vontade emanado de uma coletividade, é um **negócio jurídico deliberativo**, formado por manifestações de vontade regidas pelo princípio majoritário¹³.

Diferente seria se a aprovação de um plano de recuperação se inserisse em uma relação obrigacional dual (um credor, um devedor) ou se sujeitasse apenas os credores que aprovaram o plano. Mas não é o que ocorre, na medida em que a decisão da maioria vincula a minoria. E ainda que a Lei nº 11.101/05 apresente ferramentas de proteção das minorias no exercício do direito de voto na aprovação do plano de recuperação (art. 45), é inegável que vigora, nesse âmbito, o princípio majoritário, e que, por isso, a minoria estará vinculada pela decisão da maioria.

Por esses motivos, a melhor solução para a questão, parece-nos, é entender que, via de regra, os credores têm autonomia para aprovar o plano de recuperação, mas, em **situações-limite**, o juiz pode e deve verificar a viabilidade econômica do plano e apreciá-lo em seu mérito. Ou seja, em situações de normalidade a assembleia geral de credores é soberana na apreciação do plano e ao magistrado cabe um papel meramente homologatório. Mas há exceções.

¹² É assim, ainda que existam, para promover alguma controvérsia, julgados que afastam, em relação às garantias de crédito de dissidentes, abstenentes e ausentes, o efeito vinculante da deliberação em assembleia de credores (cf. TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, AI 580.483-4/9-00, 04.03.2009 Rel. Des. Boris Kauffmann).

¹³ Cf. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Impugnação de deliberações de assembleia das S/A**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, pp. 33-50.

4. UMA PROPOSTA

Em princípio, o magistrado só poderá se engajar em um juízo de mérito quando a aprovação do plano vulnerar a tutela institucional da empresa e do crédito. O melhor, nesse caso, é submeter a caracterização desse perigo (de dano aos institutos da empresa e do crédito) a um **teste objetivo**.

Antes de descrever o teste ora proposto, cumpre dizer que o fato de o art. 58 da Lei nº 11.101/01 estabelecer que, cumpridas as exigências da lei, “o juiz **concederá** a recuperação judicial”, não significa que o magistrado tem o **dever** de conceder a recuperação aprovada pela assembleia de credores.

Primeiro, porque o juiz não ostenta poderes, direitos ou faculdades de exercício discricionário, mas apenas **poderes-deveres**. Por isso, o emprego do verbo “concederá” em sua forma imperativa não infirma a possibilidade de realização de controle do plano aprovado pela assembleia geral de credores.

Segundo, porque o dispositivo em comento faz referência às “exigências desta Lei”, sem discriminá-las, de modo que é razoável que se entenda que a principal exigência é a satisfação dos fins próprios da Lei nº 11.101/01, o compassamento dos interesses de recuperação da empresa e de satisfação de direitos creditórios. Não há nenhuma passagem do art. 47 da LRF que permita concluir que, quando se faz referência às exigências legais, isso signifique apenas exigências objetivas, como sustenta a doutrina prevalente.

Assim, o **primeiro elemento** do teste é uma constatação de aptidão. Deve-se verificar, desse modo, se o plano é **flagrantemente inepto a atingir a sua finalidade**, qual seja, de fornecer uma solução de continuidade da atividade empresarial (recuperação da empresa).

Em apoio a esse tópico, note-se que o art. 335 do CPC permite que o juiz, na apreciação de uma prova, aplique **máximas de experiência** e, assim, dispense a realização de perícia a respeito de uma questão técnica. Por conta dessa expressa autorização legal, não é necessária uma perícia para, por exemplo, concluir-se que **o fogo queima** ou que, em condições normais de temperatura e pressão, **a água evapora a cem graus Celsius**. A lógica do que aqui se defende é a mesma. O mais das vezes, apenas um especialista em gestão empresarial poderá fazer um juízo a respeito da viabilidade do plano. Mas quando o juiz puder chegar a essa conclusão mediante a aplicação de conhecimentos ostentados pelo homem médio, deverá rejeitar o plano. O magistrado, assim,

deve – diante de uma flagrante inaptidão do plano, capaz de vulnerar as suas finalidades – deixar de homologá-lo.

Nesse sentido, é louvável a criação de juízos empresariais (Varas e Câmaras Empresariais), para que haja magistrados especializados em litígios derivados de relações empresariais e, conseqüentemente, com melhores condições de apreciar questões como essa. É salutar e deve ser ampliada, por isso, a iniciativa de alguns entes da Federação (São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais) de criar Varas e/ou Câmaras Empresariais.

Importante, também, que se verifique se na assembleia geral de credores há **grupos prevalentes que possam, de alguma forma, ter desbalanceado a tomada da deliberação a respeito do plano.**

É verdade que a Lei nº 11.101/05, como já dito, apresenta suas próprias ferramentas de proteção às minorias (especialmente os quóruns qualificados estabelecidos pelo seu art. 45). Mas essas ferramentas não afastam por completo a possibilidade de que, no caso concreto, haja uma desigualdade substancial que justifique, quando menos, uma maior cautela na apreciação da deliberação que se pronunciou sobre o plano. Essa linha de atuação é a mesma que leva o magistrado a investigar eventuais vícios do negócio deliberativo que aprovou o plano.

A atribuição de vantagens particulares a um credor em benefício de outro, a simulação, a fraude, o dolo, enfim, os vícios do negócio jurídico, se constatados pelo magistrado, também fundamentam a não homologação do plano. E é por isso que a perquirição e a constatação, mesmo que indiciária, de vícios do negócio deliberativo é o **segundo elemento** do teste objetivo.

Um **terceiro elemento** manda aventar um mínimo de eficácia do plano à satisfação do crédito. Desse modo, planos incríveis, que postergam o pagamento por décadas, submetem-no a deságio brutal e a eventos futuros e incertos, e não contemplam pagamento, mas possível calote, que não pode ser institucionalizado pelo Poder Judiciário.

E que não se diga que isso é melhor do que nada. Não é dado ao credor decidir – reitere-se – sobre o tratamento institucional do crédito. A aprovação reiterada de planos que aceitam bovinamente o inadimplemento vilipendia o direito de crédito. O resultado é uma descrença generalizada em sua satisfação, o aumento de “recuperações fraudulentas”, o aumento do custo do dinheiro e a escassez de crédito.

5. CONCLUSÃO

Com base no que foi exposto, concluímos que a aprovação de um plano não deve ser homologada toda a vez que: (i) o plano aprovado for flagrantemente incapaz de recuperar a empresa em questão; ou (ii) houver prova de que houve vício do negócio deliberativo que aprovou o plano; ou (iii) a aprovação do plano significar satisfação improvável dos direitos creditórios contemplados.

Esse é, contudo, apenas um primeiro tratamento do tema, e aqui não há pretensão de esgotá-lo, senão de lançar reflexões escoradas nos mais básicos fundamentos de direito e, sobretudo, no senso geral de Justiça. O assunto é, todavia, complexo e merece ser objeto de um estudo mais aprofundado. O que se pretendeu com este artigo foi chamar a atenção para a circunstância de que a simples contraposição entre poderes do juiz e poderes dos credores na aprovação do plano de recuperação é um falso dilema. De fato, via de regra, caberá apenas aos credores fazer um juízo a respeito do plano de recuperação. Mas em determinadas situações, o magistrado poderá – e deverá – realizar um juízo a respeito da sua viabilidade. E para que isso ocorra de maneira racional, previsível e eficiente, é preciso identificar *standards* objetivos para que, em um determinado caso concreto, justifique-se a intervenção judicial.