4595

Autos n. **000761/2008**
Protocolo n. **200801848355 - RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Requerente: **L.F. DE CASTRO & CIA. LTDA.**
Advogados: Doutor **Murillo Macedo Lobo** e
Doutora **Wanessa Lemes Bessa**
Representante ministerial: Doutor **Wágner Jerson Garcia**

-oOo-

EXTRATADO
EM 08 / 06 / 2009

Observadas as etapas necessárias e obedecidas as exigências legais, em razão de objeção ao plano de recuperação da empresa-requerente, foi convocada e instalada a Assembléia Geral de Credores, cuja sessão ocorreu no dia 28 de novembro de 2008, depois de cumpridas as formalidades de lei.

Nesse ato, presidido pelo Senhor Administrador judicial, duas questões foram salientadas, ao início, **o não direito de voto do Banco Pine S/A**, sob a argumentação da *impossibilidade da contabilização do crédito de que é titular, quer para fins de estabelecimento da assembléia geral dos credores, como também de aprovação do plano de recuperação judicial, em razão de o referido Banco estar recebendo integralmente o valor de seu crédito, sem qualquer modificação*, e **a falta de legitimidade da empresa MURALHA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA, para apresentar plano alternativo de recuperação**, *por ser de propriedade de um dos sócios da empresa recuperanda e, também, que somente* esta *poderia apresentar* tal plano, *além do que o plano alternativo... foi apresentado fora do prazo de 60 dias.*

Essas objeções foram levantadas pelos credores Banco do Brasil S/A e Banco Regional de Brasília S/A.

www.tjgo.jus.br

4596

A segunda questão, levantada a impugnação, de pronto, a credora OWENS-ILLINOIS DO BRASIL – INDÚSTRIA E COMÉRCIO encampou o plano alternativo apresentado pela empresa também credora Muralha Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda., plano, então, com as alterações propostas na assembléia, foi submetido ao plenário.

Assim, resumiu o Senhor Administrador judicial o que ali se passou, com a votação:

*"... Sendo assim, tendo como suporte o artigo 37 § da Lei da Recuperação verificou-se a presença de credores titulares de mais da metade dos créditos em cada classe, o que conferiu o quórum qualificado para a instalação da assembléia geral dos credores com o propósito de aprovar, rejeitar ou modificar o plano de viabilização econômica apresentado pela empresa, (**100%** da classe dos trabalhistas; **95,74%** da classe com garantia real (sem computar o Banco Pine) e **92,21%** da classe dos quirografários e fornecedores).*

*Depreende-se também do demonstrativo (doc. 05) o registro das votações dos presentes sob a regência do art. 45, §§ 1º e 2º. A classe trabalhista aprovou o plano de recuperação alternativo e suas modificações apresentadas pela empresa Muralha, com índice de **100%**.*

*A classe com garantia real rejeitou o mesmo plano com o índice de **53,75%** e a favor do plano, na mesma classe, computou-se o índice de **46,25%** (incluindo o Banco Pine). Sem o Banco Pine, restou registrado o índice de **56,14%** que rejeitou o plano e o índice de **43,86%** que aprovou o plano de recuperação.*

*Na votação quantitativa, na mesma classe de garantia real, verificou-se o número de **4** credores a favor do plano e **2** que rejeitaram, considerando a votação do Banco Pine. E sem a votação do Banco Pine registrou-se a votação de **3** credores que aprovaram o plano e **2** que rejeitaram.*

*Na classe dos quirografários o voto quantitativo ficou com **10** votos a favor do plano e **4** votos contra. No voto qualitativo (por crédito) computou-se o índice de **53,73%** a favor do plano e **46,06%** contra o plano de recuperação.*

www.tjgo.jus.br

4594

*A classe com garantia real rejeitou o plano de recuperação apresentado pela empresa Muralha, entretanto, verificou-se que **1/3** dos credores dessa classe votaram favorável ao plano, fato este, que remete a assembléia a contabilizar seus votos de conformidade com o que dispõe o artigo 58, inciso I da Lei de recuperação.*

*Assim, levando em consideração os créditos presentes à assembléia, independentemente das classes, apurou-se o índice de **49,84%** que aprovou o plano apresentado e o índice de **50,16%** que rejeitou o plano de recuperação, nesse caso, a contabilização do voto incluiu o Banco Pine.*

*Sem a computação do voto do Banco Pine foram registrados o índice de **51,37%** que rejeitou o plano e o índice de **48,63%** que aprovou o plano apresentado na assembléia.*

Posto isto, salienta-se que o plano foi aprovado em duas classes (trabalhistas e quirografários) e, rejeitado na classe com garantia real, entretanto, nessa mesma classe verificou-se a manifestação de mais de 1/3 de votos favoráveis ao plano de recuperação.

Desse modo, com a votação do artigo 58, inciso I da Lei de recuperação, registrou-se que mais da metade dos votos presentes, ou seja, 50,16%, incluindo o voto do Banco Pine, ou sem o voto do Banco Pine 51,37%, rejeitaram o plano de recuperação e suas modificações apresentados, dos créditos presentes, os votos de 49,84%, com o Banco Pine, e 48,63% sem o voto do Banco Pine, aprovaram o plano de recuperação...".

Realizada a Assembléia Geral de Credores, finalizados os seus termos, mais à frente, vem a empresa-credora ORSA CELULOSE, PAPEL E EMBALAGENS S/A, através de petição (fls. 4.464/470), para consignar que, após manifestação de sua área comercial, que acompanhou o desempenho da empresa devedora, refluíra de seu voto contrário ao plano de recuperação, para, por essa razão, se posicionar favoravelmente a que a empresa se recupere plenamente. Pede a mudança de seu voto.

O órgão ministerial, por seu Representante neste Juízo, esteve nos autos, nos momentos próprios, tendo solicitado algumas informações ao Senhor Administrador, que as

Rua 10 nº 150, Setor Oeste, Goiânia, Goiás - CEP 74120-020 - Telefone: (62) 3216-2605 - Fax: (62) 3216-2026

4598

atendeu, servindo elas para o seu parecer sobre o processado até então.

Assim exposta a matéria, passa-se à análise e decisão.

Veio a lume, em 09 de fevereiro de 2005, a Lei n. 11.101, para regular a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, amoldando esses institutos a tendência, no dizer do jurista José da Silva Pacheco, no século XXI, de procurar superar a crise nas empresas (*Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência.* Ed. Forense, 2ª ed., 2007, Rio de Janeiro).

Nessa obra, devem-se destacar as considerações expostas pelo doutrinador:

No último quartel do século XX, em seqüência à acentuada evolução que já se esboçava, desde o final da Segunda Guerra mundial, com a reforma da Lei de falências dos Estados Unidos (Brankruptey Reform Act, de 1979), deu-se ênfase a possibilitar a possibilitar que, diante da insolvência técnica ou financeira da empresa, houvesse soluções, com o objetivo principal de salvá-la da crise, mantendo-a como unidade produtiva de riquezas, conservando o emprego, ensejando novas opções e viabilizando novas formas de satisfação dos credores, com a minoração de suas perdas.

Em França, após o regulamento judiciário e suspensão de pagamentos, de 1967, o processo de reerguimento judiciário, de 1985, com as alterações de 1988, sobreveio a Lei n. 94.495, de 1994, sobre a prevenção e o tratamento das dificuldades das empresas.

Na Inglaterra, a Insolvency Act, de 1986, introduziu dois novos processos com vista a encorajar a reconstrução das empresas em crise.

Rua 10 nº 150, Setor Oeste, Goiânia, Goiás - CEP 74120-020 - Telefone: (62) 3216-2605 - Fax: (62) 3216-2026

4599

Em Portugal, desde 1993 aprovou-se o processo de Recuperação de empresas, permitindo o acordo de credores, a gestão controlada e a reestruturação financeira.

Na Alemanha, a lei sobre a insolvência (Insolvonzordnung), em vigor desde 1999, também tinha em vista dar solução à empresa em crise financeira.

Na Espanha, a Lei Orgânica de 09.07.2003 entrou em vigor em 1º de setembro de 2004, visando a reforma concursal.

Em todos os demais países movimentaram-se os círculos jurídicos a perscrutar e projetar instrumentos mais adequados, aos novos tempos, para propiciar a recuperação da empresa em dificuldade.

Entre nós, sempre nos manifestamos que, com a reforma da lei anterior ou sem ela, deveríamos todos – juízes, advogados, juristas ou legisladores – estar propensos a admitir e promover a recuperação da empresa que envolve interesses: a) do empresário ou da sociedade empresária; b) dos empregados, que com seu trabalho dão-lhe vitalidade; c) dos sócios, que aplicam sua economia e recurso financeiros, em prol do seu desenvolvimento; d) dos credores que, confiantes nos seus produtos, dão-lhe crédito; e) das instituições financeiras, que lhe dão financiamento, atentas não só à segurança das garantias, mas também à permanência crescente da atividade empresarial; f) da Fazenda Pública, que sempre almeja a capacidade econômica do contribuinte, só possível com o estímulo e revitalização daquela; g) do Município, da Região, do Estado e do próprio País, que só se desenvolve com o desenvolvimento das atividades econômicas organizadas para a produção ou a circulação de bens e serviços; h) da Ordem Econômica em geral que, de acordo com o preceito do art. 170 da Constituição Federal, funda-se na valorização do trabalho e da livre iniciativa, a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da redução das desigualdades regionais e sociais, e da busca do pleno emprego; i) dos consumidores e da coletividade em geral.

Tendo em vista a multiplicidade de interesses na permanência, continuidade e preservação da empresa, na aplicação da lei que venha a incidir, na hipótese de estar o empresário ou sociedade empresária em crise econômico-

financeira, deve-se atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, nos precisos termos do art. 5º da Lei de Introdução.

O fim social da lei, no caso, consiste: a) em viabilizar a superação de crise, a fim de preservar a empresa, como é do interesse de todos os envolvidos, em benefício do bem comum; b) não sendo viável a recuperação judicial ou extrajudicial, promover o afastamento do devedor de suas atividades, a fim de preservar e otimizar a utilização dos bens ativos e recursos produtivos, em processo rápido, para pagamento dos credores.[1]

Esses os princípios que nortearam a elaboração da Lei n. 11.105/2005, posta em vigência e é sobre esse apanágio que, vindo os autos a este Juiz, em vista da decisão da Assembléia Geral de Credores, para decisão, sob a ótica do art. 58, do referido diploma, será o feito analisado.

Como se vê, a lei se preocupa precipuamente com a recuperação da empresa e considera, bem depois, esgotados todos os recursos, a sua falência, ou seja, é do interesse de todos que a empresa seja mantida ativa, que seja buscada em sua recuperação, que, em dado momento de crise econômico-financeira, seja superado, em nome do bem coletivo.

Centrando-se na Assembléia Geral de Credores, o plano de recuperação não foi aprovado, nos moldes preconizados pelo art. 45, LRE, daí, na forma do art. 58, vir ao Juízo, para sua análise e, sendo o caso, concedê-la.

Em seu parecer, o Senhor Representante ministerial, exaustivamente, em trabalho de fôlego, abordou a matéria e bem a localizou, nunca sendo despicienda a sua abordagem:

Segundo as disposições contidas no artigo 58 da LFRE, o juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve a aprovação na forma do art. 45, desde que na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

www.tjgo.jus.br

4601

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classe;

II - a aprovação de duas das classes de credores nos termos do art. 45, ou caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação de, pelo menos, uma delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 dos credores, computados na forma dos 1º e 2º do art. 45.

Ensina ***FÁBIO ULHOA COELHO*** *(Comentários à nova Lei de Falência e de Recuperação de Empresas.* Ed. Saraiva, São Paulo, 2ªed., 2005, p.168-169*) que, nesse caso, a deliberação é transferida ao juiz,* ***litteris:***

Cuida a lei também da hipótese em que um plano de recuperação é aprovado com substancial apoio entre credores, mas sem alcançar o quórum qualificado de deliberação. Trata-se de plano que recebeu cumulativamente na Assembléia: a) o voto favorável de mais da metade do total dos credores presentes, independentemente das classes de seus titulares; b) a aprovação da maioria das classes (ou, se apenas duas votam, uma delas); e c) aprovação de mais de 1/3 dos votos no âmbito da instância classista que o rejeitara. Nesse caso, se o plano não contiver tratamento diferenciado dos credores da classe em que foi rejeitado, ele pode ser adotado, mesmo não se verificando o quórum qualificado para sua aprovação.

Em suma, três podem ser os resultados da votação na Assembléia: a) aprovação do plano de recuperação por deliberação que atendeu ao quórum qualificado da lei; b) apoio ao plano de recuperação, por deliberação que quase atendeu a esse quórum qualificado; c) rejeição de todos os planos discutidos.

Em qualquer caso, o resultado será submetido ao juiz, mas variam as decisões judiciais possíveis em cada um deles. No primeiro, o juiz limita-se a homologar a aprovação do plano de credores; no segundo, ela terá a discricionariedade para aprovar ou não o plano

www.tjgo.jus.br

que quase alcançou o quórum qualificado; no terceiro, deve decretar a falência do requerente da recuperação judicial.

Volvendo-se aos elementos contidos nos autos, em especial aos quadros demonstrativos de resultado obtidos na Assembléia Geral de Credores, percebe-se que na situação agitada, o plano de recuperação submetido ao conclave, embora tenha obtido a aprovação de duas das classes de credores, nos termos do art. 45, bem, voto favorável de mais de 1/3 dos credores, computados na forma do §§ 1º e 2º do art. 45, da classe que o rejeitou, não obteve, no entanto favorável de credores que representam mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classe, tanto assim que o ilustra administrador foi enfático em afirma:

"...Desse modo, com a votação do artigo 58, inciso I, da Lei de recuperação registrou-se que mais da metade dos votos presentes, ou seja, ***50,16% incluindo o voto do Banco Pine ou sem o voto do Banco Pine 51,37% rejeitaram o plano de recuperação*** *e suas modificações apresentadas, dos créditos presentes,* ***os votos de 49,84%, com o Banco Pine e 48,63% sem o voto do Banco Pine, aprovaram o plano de recuperação****..."*

Daí, embora se admita a ocorrência daquilo que podemos denominar de ***empate técnico****, no pertinente ao § 1º,, inciso I do art. 58,* ***(voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classe)****, é fato inconteste que o plano de recuperação submetido ao conclave só não alcançou o índice previstos no dispositivo legal acima citado, em razão de uma diferença mínima de 0,16%, dos créditos presentes.*

Neste ponto, antes de mais nada, conveniente dissipar qualquer dúvida, quanto à participação do Banco Pine no Assembléia Geral de Credores, se válida ou não.

Rua 10 nº 150, Setor Oeste, Goiânia, Goiás - CEP 74120-020 - Telefone: (62) 3216-2605 - Fax: (62) 3216-2026

4603

Como a própria a própria denominação indica, reúnem-se os credores da empresa-recuperanda, por convocação do Juiz do processo, com o fim de deliberar sobre o plano de recuperação, sua aprovação, sua rejeição ou sua modificação, ou seja, tem por função formar e expressar a vontade coletiva da comunhão de credores.

Na análise dos documentos trazidos aos autos, persevera a situação de credor do Banco Pine, e isso não passou despercebido pelo insigne Representante ministerial:

*Exsurge, no entanto, que, pelo plano alternativo de recuperação judicial, objeto de deliberação na assembléia-geral de credores, o **Banco Pine S/A** não restou contemplado pela devedora com o pagamento na integralidade da dívida de R$ 400 000,00 (quatrocentos mil reais), devidos.*

*Sem maiores esforços, percebe-se pelo plano de recuperação judicial alternativo constante de fls. 4.284/4.294, item 1.5, que o **Banco Pine S/A**, sem contabilizar os encargos moratórios a que teria direito, estaria recebendo tão somente, a importância de R$ 390 000,00 (trezentos e noventa mil reais), fato por sinal admitido pela procuradora do referido Banco, na assembléia-geral,...*

*...Por indeclinável, percebe-se, que o **Banco Pine S/A** não está sendo contemplado com o pagamento integral do que lhe é devido, logo, não se encontra incurso na vedação do § 3º do art. 45 do LRF, razão pela qual, deve ser assegurado ao referido banco, o direito de voto na assembléia geral de credores da empresa **L.F. de Castro & Cia. Ltda**.*

Como se vê, não há impeditivo nenhum, como querem fazer ver os Bancos impugnantes, a que o Banco Pine S/A participasse da assembléia, cuja presença servisse para efeito de contagem do quórum, para a sua instalação, e tivesse voz ativa, com direito a voto, portanto.

Essa questão foi bem trabalhada pelo Senhor Administrador judicial, no andamento dos trabalhas da

4604

assembléia, sob sua presidência, e pode o processo, por esse trabalho, consignar a participação da instituição financeira.

Outro ponto que deve ser aclarado é com referência ao plano de recuperação alternativo apresentado pela empresa-credora **Muralha – Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda.**, adotado pela outra empresa-credora Owens-Illinois do Brasil – Indústria e Comércio S.A., tão logo teve sua impugnação apresentada por aqueles dois Bancos (do Brasil e Regional de Brasília), com o fundamento de que seriam sócios as mesmas pessoas que figuram no quadro social da empresa-recuperanda, e também que apenas esta empresa, a recuperanda, poderia apresentar o plano de recuperação.

Por primeiro, pode ou não a empresa-credora apresentar plano de recuperação alternativo ? A resposta está estampada, de forma bem nítida, no artigo 56, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, quando expressa:

O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembléia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

Ora, se se pode apresentar modificação, como expresso na lei, o que seria essa modificação, ou modificações, que não um plano alternativo, em seu sentido mais amplo ?

Penso que essa questão está superada, desnecessário se alongar mais, a esse respeito.

Sem maiores delongas, também, a questão que versa sobre a apresentação de um plano alternativo por uma empresa-credora, que possui em seus quadros pessoa que também participam da recuperanda. Se uma outra empresa-credora, sem qualquer relação com a recuperanda, além da estritamente comercial, a questão está morta. Sem mais, nem por que.

Assim, superadas essas questões de menor porte, porém não menos importantes, à questão de fundo: homologar a recuperação judicial da empresa-devedora L.F. de Castro & Cia. Ltda., concedê-la ou decretar sua falência.

Uma vez mais, ao parecer ministerial:

*...Ad circa meritae, registro, inicialmente, após leitura atenta da ata da assembléia geral dos credores e documentos que acompanham encontradiços às fls. 4.279/4.328, a existência de uma questão, que, pelo ângulo de visada ministerial, acabou por contaminar de indeclinável eiva, o voto proferido na AGC, por parte de dois dos maiores credores com garantia real, que, rejeitaram o plano (**Banco do Brasil S/A e Banco de Brasília S/A**), vez que, exerceram o direito de voto, de forma abusiva e contrária ao interesse público.*

Explico:

Na leitura atenta da ata da AGC, pude perceber que dois dos maiores credores com garantia real BANCO DO BRASIL S/A e BANCO DE BRASÍLIA S/A, uniram-se e agindo com manifesto abuso de direito, impuseram a diversos outros credores a rejeição do plano, sob a alegação falácia de que a empresa é inviável e que a falência seria melhor para todos, uma vez que possuindo ela ativo bem maior do que o passivo, todos os credores teriam grandes chances de receberem seus créditos.

Ora, é de se ver que assim procedendo referidas instituições bancárias, acabaram por deixar de lado o coletivo para priorizarem o individual, quando a finalidade maior da recuperação judicial, prende-se a preservação da atividade econômica e dos postos de trabalho.

É verdade que o legislador concedeu aos credores o poder extremo de decidirem o futuro da empresa em recuperação e, diante da concentração de tamanho poderio nas mãos dos credores, esperava-se que os mesmos considerassem o interesse social em detrimento do individual.

Entretanto, tal não ocorre na prática, especial quando se trata de credor com excesso de garantias, que foca todos os seus esforços na falência da empresa independentemente de sua viabilidade econômica, como bem coloca ***Alberto Camiña Moreira, in verbis****:*

A nova lei é menos uma lei de recuperação de empresas que uma lei de recuperação de crédito; os credores, com toda a legitimidade, pretendem receber o que lhes é devido, sem compromisso com a recuperação do devedor. Embora se espere dos credores o altruísmo decorrente da leitura do art. 47, é certo que, se sentirem que a liquidação do ativo (falência) lhes será mais vantajosa, optarão por ela. *– g.p.*

Note-se que, no processo em comento a situação não foi diversa, vez que o Banco do Brasil S/A e o BRB S/A, irmanados no interesse único de falir a empresa devedora, não mediram esforços para tentar convencer os credores presentes na assembléia geral de que a falência era inevitável, chegando ao absurdo de o primeiro credor referido (BB) agredir moralmente os sócios da ***LF de Castro****, taxando-os de "devedores inescrupulosos", tal como se observa do trecho transcrito abaixo:*

"Lei de Recuperação Judicial, além da função de manter a empresa funcionando, dos empregos, esta mesma lei não pode ser ***utilizada por devedores inescrupulosos com o fim específico de lesar os credores*** *principalmente o que está ocorrendo com o Banco do Brasil, e a União uma vez que o FCO é recurso público." (fls. 4.297) – g.p.*

Registre-se que, o voto do Banco do Brasil S/A, embora se trate de um banco misto, ou seja, composto de capital público e particular, sequer considerou o fato de que os impostos a serem pagos pela empresa recuperanda possam superar o valor da dívida cobrada pelo Banco do Brasil S/A, ou seja, a União (que é seu maior acionista) lucrará muito mais com a recuperação da empresa do que com a falência da mesma.

Com efeito, é de ver igualmente, que as referidas instituições financeiras, detentoras de direitos, representados por créditos com garantia real e quirografários, os

quais figuram no quadro geral de credores, valendo-se da prerrogativa de juntos, serem detentores de 38,34% do total de créditos, na AGC, extrapolaram os limites da boa fé objetiva e os bons costumes.

*Nessa esteira, colhe-se da leitura da ata de fls. 4.295/4.302, que seus representantes, agiram de forma temerária ao excederem os limites das justificativas de posição (**sim** ou **não** ao plano). As posições desses bancos durante a assembléia extrapolaram o simples exercício do direito, visto que, no calor de suas manifestações, não só defenderam suas teses (situação até aí legítima), como também no afã de defendê-las , passaram a persuadir os outros credores para votarem contra o plano. Foram, como se vê abaixo, comentários ácidos, provocativos com a convocação objetiva, em razão da liberdade de consciência, que os votos fosse "não" ao plano, pois, segundo eles, a falência seria a melhor solução para todos...*

E, mais a frente:

*Nesse passo, é de ser ver, que o comportamento abusivo dos credores referenciados, consistiu, como vimos, no ostensivo e evidente trabalho de convencimento de todos os presentes para votarem pela falência da empresa devedora **LF de Castro**, utilizando-se para isso de chicanas e inverdades.*

...

Em resumo, no meu sentir, as ocorrências constantes da assembléia, vistas na perspectiva com a soma de todas as manifestações das instituições financeiras (BB e BRB), em especial após aquelas que justificariam os votos respectivos, ao se arvorarem ou mesmo empreenderem ostensivamente o comportamento de cooptar o restante dos credores a votarem "não" ao plano de recuperação, invocando-lhes inclusive, a "livre consciência para votarem pela falência da empresa", tais fatos, são mais do que suficientes para a caracterização do abuso de direito.

Registro também, que numa análise mesmo que perfunctória dos autos, pude perceber, que os bancos credores suso mencionados, não aceitaram deduzir nem um tostão do seu crédito, não flexibilizaram nada, não admitiram liberar nenhuma das garantias para que, comercializados pudesse revitalizar a produção da empresa e o mais grave, não apresentaram sequer um plano alternativo visando a recuperação da devedora, pelo contrário, apostaram única e exclusivamente, no interesse próprio e nas garantias de que são detentores, pugnado e tentando convencer todos os credores que a falência da empresa, seria a melhor solução.

Ora é de trivial sabença, que, para a caracterização da presença do abuso de direito, nos termos do que preceitua o Código Civil de 2002, faz necessário, tão somente, a identificação da conduta que exceda um direito correspondente à determinada pessoa, a fim de que esta atue no ***exercício irregular de um direito****.*

Não menos certo também, que o abuso de direito não se compara ao ilícito do artigo 186, visto que, este necessita da culpa (negligência, imprudência ou imperícia). O abuso do direito deve ser caracterizado no contexto de sua ocorrência e é basicamente pelo excesso social do comportamento, que viola a boa fé objetiva e os bons costumes.

Afirma, também, a boa doutrina que "na caracterização do abuso de direito deve ser identificado no regular exercício desse direito o seu motivo legítimo e evidente, se esse exercício está amparado pelas prerrogativas legais, comparando-o com as finalidades a serem alcançadas e, naturalmente, observando se o padrão de comportamento está em comunhão com a boa-fé e os bons costumes".

Nesse passo é conveniente salientar que positivação da teoria do abuso do direito verifica-se uma íntima ligação com a boa fé objetiva, pois, é ela que limita o exercício dos direitos subjetivos e seu pretendido alcance.

Izabela Sampaio Alves*, em sua monumental obra "Regime Jurídico do Abuso de Direito à Luz do*

4609

Novo Código Civil", traçando os requisitos básicos que informam o abuso de direito, nos dá a lapidar lição, que transcrevo:

Em esforço de síntese, elencamos: a) direito protegido pelo ordenamento jurídico; b) exercício desse direito além dos limites de sua função social, da boa-fé e dos bons costumes; c) que esse desbordamento de limites seja manifesto".

"São efeitos do exercício abusivo de direto: a) a reparação civil, caso haja dano a direito de outrem; b) a nulidade do ato, proclamada, independente de provocação da parte prejudicada; e c) outras conseqüências, a exemplo de sanções ao infrator, estatuídas pelos diversos ramos do Direito, para prevenir e combater a antijuridicidade do ato". *(grifo nosso)*

No caso vertente, restou inconteste que os bancos (BB e BRB) ingeriram (invadiram) o direito dos outros credores, ao desenvolverem uma plataforma de interesse consistente na falência e, com bastante energia, não só procuram demonstrar a viabilidade da tese, como também utilizam de argumentos falaciosos visando persuadir a todos os credores presentes na assembléia. Em assim procedendo, restou evidente que abusaram do direito de voto, o que contraria expressamente a orientação dada pelo Professor ***Nelson Abrão*** *(Direito bancário.* Obra atualizada por Carlos Henrique Abrão. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p.558*) acerca da conduta a ser adotada pelos bancos em relação à recuperação da empresa,* ***in verbis****:*

Efetivamente a atual legislação que destaca a viabilidade da empresa deve ter uma solidariedade maior do interesse público na salvaguarda, daí porque os credores, especificamente os bancos, não podem exercer pressão para simples recebimento, ou provisionamento dos créditos, mas visar a manutenção dos empregos, da fonte produtora, da arrecadação e sobretudo da permanência da atividade empresarial."

Continuando em seu parecer, mais à frente, o Senhor Representante do Ministério Público vergasta:

Rua 10 nº 150, Setor Oeste, Goiânia, Goiás - CEP 74120-020 - Telefone: (62) 3216-2605 - Fax: (62) 3216-2026

4610

Gladston Mamede *(Direito Empresarial Brasileiro,* v. 4, Ed. Atlas, São Paulo, 2006, p. 248*), ao dispor sobre o abuso de direito por parte do credor na votação do plano de recuperação judicial adverte que:*

O voto é um direito, mas, para exercê-lo, o credor está igualmente obrigado a certos deveres, entre os quais o de não fazê-lo de forma abusiva, o que caracterizará ato ilícito, do qual resulta o dever de indenizar os prejuízos experimentados por terceiros, aplicados os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, servindo, ademais, como norma de aplicação analógica a Lei 6.404/76, além dos princípios gerais de Direito, entre os quais o princípio da boa-fé, o princípio da probidade e exercício abusivo do direito de voto, fazendo com que os interesses pessoais do credor votante se sobreponham aos interesses da coletividade dos credores, estará caracterizada a obrigação de indenizar o prejudicado: o empresário, os sócios (quotistas ou acionistas) da sociedade empresária, a massa falida, qualquer outro credor, os trabalhadores, o Estado etc."

E por essa senda vai trilhando o parecer ministerial, sempre preciso e cirúrgico, na avaliação dos fatos ocorridos na realização da Assembléia Geral de Credores, na apreciação do plano de recuperação alternativo e suas modificações.

Apesar de aparentemente desnecessária, diante desse parecer, nunca é demais a ilustração trazida pelos *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências* (PENTEADO, Mauro Rodrigues. Ed, RT, São Paulo, 2ªed., 2007, p. 76):

7.1 Abuso do poder econômico

E sempre haverá, segundo as circunstâncias, como recorrer à legislação de repressão ao abuso do poder econômico, atualmente consubstanciada na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Segundo esse diploma legal, que já incorpora o conceito de "posição dominante" (art. 20, §§ 1º e 2º),

as iniciativas do credor ou dos credores, diante do devedor que enfrenta crise econômico-financeira podem constituir, conforme o caso, infração da ordem econômica, "independentemente de culpa", nos termos do citado art. 20, que desde logo indica, como tal, "os atos ***sob qualquer forma manifestados****, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados: (...) IV – exercer de forma abusiva* ***posição dominante*** *(...)". Os trechos grifados indicam a possibilidade, primeiro, de que o ato do credor seja externado na Assembléia-Geral de que trata a Lei (arts. 45 e 58), ou foram dela, se apresentar "objeções" ao Plano (art. 55); e, segundo, que a posição dominante possa decorrer do controle externo mencionado no item anterior (****Dentre essas formas de influência dominante externa figura, em primeiro lugar, o controle exercido pelos credores, que a submetem, em razão do endividamento e da conseqüente dependência econômica , a sua orientação e aos seus desígnios – e não é de se estranhar que venha ocorrer nas recuperações de que trata a lei.*** *p.75).*

Nesse ponto, é de todo conveniente trazer à baila excerto tirado de um estudo resumido, extraído da tese de doutoramento do Doutor **ÉCIO PERIN JÚNIOR**, estudo que recebeu o título *A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar brasileira (Lei 11.101/05). Uma abordagem zetética.* A determinado ponto, leciona:

... os credores, reunidos em assembléia geral ou em comitê, auxiliados por um gestor ou administrador judicial, impulsionam, orientam, fiscalizam e decidem o processo, debaixo da fiscalização do juiz. No objetivo de dirimir o controverso e, com maior ou menor contraditório, atingir o consenso.

É nesse sentido que a recuperação judicial deve ser tratada, como forma de preservar o agente econômico empresarial, respeitada a função social da empresa.. O direito falimentar, em seu sentido lato, deve, mais do que tudo, proporcionar uma convivência saudável entre os agentes econômicos, assegurando o crédito, o que é essencial para a

www.tjgo.jus.br

preservação das relações empresariais e o desenvolvimento da economia.

A empresa age essencialmente através do mecanismo do crédito, o que por si só indica o sentido de seu interesse público, característica da atividade econômica.

O empresário, figura relevante no processo da distribuição da riqueza, não é simplesmente um agente econômico de interesses privados, mas, também participa diretamente da atividade econômica da coletividade, o que denota também sua responsabilidade social.

Sem querer mais muito alongar na análise da recuperação judicial da empresa, mas, com o propósito de bem deixar exposta a matéria, busca-se, nesse mesmo trabalho, do Doutor Écio Perin Júnior, a sua conclusão crítica:

... A compatibilidade entre a chamada eficiência econômica e o princípio da dignidade da pessoa humana é uma decorrência necessária do constitucionalismo social imposto pela Constituição Federal de 1988.

Desta forma, torna-se premente o advento de uma nova mentalidade que desmistifique os preconceitos e as falsas percepções da contemporaneidade que contrapõem eficiência e segurança jurídica.

A origem da eficiência como símbolo, valor e princípio, está intimamente vinculada ao advento da modernidade, com sua crença na capacidade do homem de forjar o seu destino, no âmbito do Estado Social, em razão de sua preocupação ética com a dignidade da pessoa humana, por conta de sua concreta capacidade de conter as falhas do setor privado e responsabilizar-se pelo atendimento das necessidades mínimas coletivas.

Parece-nos evidente que a empresa hoje não é simplesmente um repositório especulativo de acionistas ou sócios controladores que promovem políticas de desenvolvimento de suas atividades econômicas, de forma autônoma e

4613

irresponsável, sem sopesar as conseqüências da má gestão empresarial.

A empresa, muito mais que estritamente econômica deve ser socialmente responsável, posto que o encerramento de suas atividades gera a extinção de empregos formais, informais e pode ocasionar o efeito "cascata" no encerramento de atividades de fornecedores diretamente vinculados a ela.

Além disso, com sua extinção, o Estado deixa de arrecadar tributos e fundamentalmente a economia e os consumidores sofrem com a falta de circulação de bens ou serviços, gerando conseqüências também na esfera concorrencial.

Como já dissemos, a doutrina clássica tem considerado a falência como um fenômeno patológico da sociedade que urge com bater e nas últimas décadas, seguindo uma tendência mundial, percebeu-se a importância da adoção de um procedimento de reorganização empresarial com o escopo de promover a recuperação da empresa em crise, diferente dos modelos até então existentes, capaz de evitar o seu desaparecimento quando houvesse interesse social considerado relevante.

...

Em realidade, buscar incessantemente a sobrevivência da empresa considerada economicamente viável e socialmente relevante proporciona na mesma medida, a preservação do interesse dos credores, posto que o encerramento da atividade econômica implica, via de regra, na perda de seus créditos.

Vê-se, claramente, de tudo que foi lançado nesta peça, a preocupação de todos com a salvaguarda da empresa, que, de repente, se viu colhida em meio a uma crise econômico-financeira.

A preocupação que vem desses documentos é que a empresa em crise não vá ao fundo do poço,

com as conseqüências danosas que possa trazer, e que fatalmente trará.

Na leitura da ata da assembléia geral, o posicionamento dos dois bancos públicos, em detrimentos dos demais credores, está afastado da moderna realidade que se vê. Enquanto se busca, com todas as forças, a recuperação da empresa, os dois bancos, fazendo uso da posição de credores com garantia e a bordo de seus créditos, nadam contra a corrente, preocupando-se apenas com o próprio umbigo. É umas atitude cega e reprovável.

Interessante observar que, na mesma classe de credores com garantia, há outras instituições financeiras, algumas do mesmo porte que os do-contra, de capital privado, que apoiaram o plano apresentado, e talvez tivessem mais concretude em ser a ele desfavorável.

Mais, presentes na assembléia trinta e seis credores, contando por cabeça, e desses, dois na classe de garantia e real e quatro na classe de quirografários e fornecedores, voltaram-se contra o plano.

Apesar da imutabilidade da votação, encerrado o ato, posteriormente um dos credores sem garantia veio a se posicionar a favor do plano (fls. 4.468/470), após ouvir o seu departamento comercial, que considerou viável a recuperação da empresa requerente.

Com o resultado da assembléia, não aprovado plano alternativo, ficou ao alvedrio do Juiz, no dizer do artigo 58 e seus incisos, da Lei n. 11.101/2005, obedecidos os requisitos ali inseridos, conceder a recuperação judicial da empresa-requerente.

Esse ato, conhecido por *cramdown* , termo emprestado da doutrina americana para designar a possibilidade do Juiz, atento a determinados requisitos, impor o plano a uma classe de credores por ele afetada (*impaired class*) a despeito da objeção desta, deriva da fórmula adotada em algumas decisões judiciais no sentido de que o plano é empurrado garganta abaixo

dos seus objetores (*crammed down the throats of objectors*). A esse respeito, **MALOY**, R. *A primer on cramdown - How and why if works,* p. 1-57.

A abordagem desse tema tornaria a análise e julgamento da questão submetida à apreciação judicial muito longa e diante do que foi produzido, quanto a atuação dos dois credores contrários, seria desnecessária. Aqui veio a título de ilustração, para mostrar quão é profundo o interesse em que a empresa, que é viável, e isso está nos autos, seja preservada, como preservados os seus corolários, quer sejam, a manutenção da fonte produtora, a preservação do emprego e os interesses dos credores e do Estado.

Assim, diante do que foi exposto e considerando o conteúdo dos autos, acolhendo o parecer ministerial, ANULO os votos proferidos, na Assembléia Geral de Credores, pelo Banco do Brasil S/A e Banco Regional de Brasília S/A, pela flagrante atitude de abuso de direito, sem relevar o seu sentido eminentemente anti-social.

Nesse diapasão, afastados os votos desses dois credores, com garantia real, considerando os votos dos demais credores, das três classes, pela aprovação, e cumpridas as exigências legais, CONCEDO a recuperação da empresa L.F. de Castro & Cia. Ltda.

Para não inviabilizar o regime de recuperação, de que trata a Lei n. 11.101/2005, prescinde a concessão da apresentação do certidão negativa de débito tributário.

Intimem-se.

Goiânia, 22 de maio de 2009

Carlos Roberto Favaro, **JD**

Rua 10 nº 150, Setor Oeste, Goiânia, Goiás - CEP 74120-020 - Telefone: (62) 3216-2605 - Fax: (62) 3216-2026