XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO EMPRESARIAL I

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

ALVARO AUGUSTO CAMILO MARIANO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito empresarial I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior

Viviane Coêlho de Séllos Knoerr

Alvaro Augusto Camilo Mariano – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-823-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO EMPRESARIAL I

Apresentação

Um conjunto atual, variado e relevante de trabalhos científicos foi apresentado perante o Grupo de Trabalho de Direito Empresarial I do XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI, em Goiânia, GO, no dia 21 de junho de 2019. Por afinidade temática, o total de 13 artigos pode ser congregado em cinco motes: direito concorrencial, direito concursal, direito societário, compliance e direito obrigacional. Esses trabalhos são agora apresentados ao grande público na presente obra coletiva.

De manifesta atualidade, o tema compliance encerra o objeto de quatro desses trabalhos. Os mecanismos e elementos de estruturação dos programas de integridade e o fomento às suas práticas pelas empresas, seus sócios, empregados e colaboradores em geral, bem como o papel social dessas medidas no combate à corrupção permeiam esses artigos científicos.

A influência do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, por meio do exercício de suas atribuições legais, na manutenção pelas empresas de sua função social e solidária é a temática de direito concorrencial.

Já em matéria concursal, três interessantes artigos tratam de recuperação judicial. Cuidam da formação dos grupos econômicos, a constituição de litisconsórcio ativo nas ações recuperacionais e a consolidação formal e material; do ativismo judicial em processos dessa natureza e sua tensão com o tecnicismo, a partir do estudo de casos; e do papel da perícia prévia na mitigação do direito à recuperação e no cumprimento ao princípio da recuperação judicial. O último trabalho, de marcante viés transdisciplinar, tem por investigação os efeitos da falência de uma consorciada participante de licitação pública.

O direito societário – em boa medida introduzido pelo consórcio de que trata o artigo falimentar – é tema de quatro trabalhos. Também em caráter transversal, um artigo investiga a natureza jurídica das empresas públicas unipessoais, enquanto outro trata planejamento sucessório e holdings patrimoniais. Ainda quanto ao direito de sociedades, dois trabalhos focam a atividade registrária: um cuida das startups, seus contratos relacionais e os elementos de publicidade levados a efeitos pelo registro de empresas, enquanto outro perscruta sobre a natureza econômico-regulatória das atribuições do DREI – Departamento Nacional de Registros Empresariais e Integração sobre as juntas comerciais.

Por fim, também em conexão com a atividade cartorária, e em perspectiva de direito comprado, o derradeiro trabalho compara o regramento do protesto no Brasil e em Portugal e revela sua importância para a pacificação social.

E, dessa maneira, para além do congraçamento que ocasiões acadêmicas como essas proporcionam, os trabalhos apresentados nesse grupo de trabalho ensejaram aos participantes, como agora permitirão aos leitores, acuradas reflexões sobre temas de elevada relevância para o Direito Empresarial brasileiro.

Boa leitura!

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemes Júnior – Universidade de Itaúna – UIT

Prof. Dr. Álvaro Augusto Camilo Mariano – Universidade Federal de Goiás - UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: TECNICISMO OU ATIVISMO?

THE JUDICIARY BEHAVIOR ON GRANTING JUDICIAL REORGANIZATION: TECHNICALITY OR ACTIVISM?

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves [1]
Gustavo Banho Licks [2]

Resumo

Analisando-se processo de recuperação, há casos em que a atuação judicial foi criticada pelo tecnicismo, como também sofreram críticas pelo ativismo. Paradoxo sem fim, há recuperações judiciais em que a conduta foi elogiada pelas decisões técnicas, como também se identificam elogios ao ativismo. Problema posto, propõe-se no trabalho expor os alicerces da autonomia de credores e de devedores em "negociar" uma recuperação judicial. Ademais, relacionam-se no texto alguns dos reflexos dessa liberdade descritos na legislação. Por fim, com base na observação dos casos, marcos teóricos e método científico dedutivo, analisa-se o papel do Poder Judiciário nos processos de recuperação judicial.

Palavras-chave: Método dedutivo, Recuperação judicial, Poderes do juiz, Ativismo judicial, Assembleia de credores

Abstract/Resumen/Résumé

AAnalyzing reorganization lawsuits, there are cases in which the judiciary was criticized for technicalities, but also for activism. An endless paradox. There are judicial recoveries in which the conduct was praised for the technical decisions, and also for activism. Given the problem, this paper proposes to expose the foundations of the autonomy of creditors and debtors in "negotiating" a reorganization. In addition, some of the reflexes of this freedom described in the legislation are related in the text. Based on the observation of cases, theoretical frameworks and deductive method, the role of the Judiciary in judicial recovery processes is analyzed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Deductive method, Reorganization, Powers of judge, Judicial activism, Creditors' assembly

---

[1] Mestre e Doutor em Direito (UERJ). Professor de direito empresarial nas Faculdades de Direito da UERJ e da UFRJ. Docente permanente do PPGD da UERJ, linha Empresa e Atividades Econômicas.

[2] Advogado e Administrador Judicial no Rio de Janeiro. Graduado em Direito (UFRJ). Mestrado em Ciências Contábeis (UERJ). Doutorado em Direito em curso (UERJ), linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas.

INTRODUÇÃO

Em 2005, a Lei nº 11.101 (LRF) substituiu a concordata preventiva pela recuperação judicial. Além do novo *nomen juris*, outras alterações foram introduzidas, notadamente a concessão do benefício após a manifestação favorável dos credores ao pedido do devedor e análise de seu plano de recuperação. Com exceção do Decreto-lei nº 7.661/45 (arts. 142 e 144), os demais diplomas falimentares, desde o Código Comercial, previam a anuência dos credores para o deferimento judicial, seja para a moratória[1*] seja para a concordata preventiva, instituto considerado como favor legal que subjugava apenas os credores quirografários.

Em que pese a natureza contratual da recuperação judicial e as disposições legais (arts. 45 e 58 da LRF), verifica-se pontualmente o ativismo de alguns juízes aplicado à concessão da recuperação, minando a autonomia dos credores e descaracterizando o instituto. Sem embargo, registra-se muitas decisões que atentam para as limitações e contornos da LRF e, de modo técnico e acertado, respeitam a manifestação da assembleia de credores, qualquer que seja ela.

O objetivo do artigo é apontar casos de ativismo judicial em processos de recuperação judicial diante de decisões contrárias à LRF que se baseiam nas necessidades da complexa atividade empresarial, cujos anseios não foram totalmente previstos pela LRF. Para tal, inicia-se com uma revisão do marco teórico e, em seguida, o estudo de três casos: GPC Participações S/A, Cerâmica Gyotoku Ltda. e Galvão Engenharia S/A, nos dois primeiros houve ativismo nas decisões e, no último, respeitou-se a vontade do credor dissidente sem ativismo judicial.

A pesquisa utiliza fontes doutrinárias e decisões judiciais em que se adotou como delimitação temática a concessão da recuperação judicial. O estudo tem como premissa confrontar a autonomia privada e a interferência do Poder Judiciário em matéria de direitos e interesses patrimoniais disponíveis, como são os créditos submetidos à recuperação judicial.

---

[1] Lei nº 556/1850, art. 898. Só pode obter moratória o comerciante que provar que a sua impossibilidade de satisfazer de pronto as obrigações contraídas procedem de acidentes extraordinários imprevistos, ou de força maior (art. 799), e que ao mesmo tempo verificar por um balanço exato e documentado, que tem fundos bastantes para pagar integralmente a todos os seus credores, mediante alguma espera [máximo de 3 anos].

Decreto-Lei nº 917/ 1890, art. 120. [...] concordata com os credores representando pelo menos 3/4 da totalidade do passivo, deverá requerer sem demora a homologação pelo juiz comercial com jurisdição na sede de seu principal estabelecimento e, obtida ela, não poderá ser declarado falido.

Lei nº 859/1902, art. 54. A concordata só será válida quando concedida:
a) por maioria dos credores, representando mais de metade do valor dos créditos, si o dividendo for superior a 50 %[...]

Decreto nº 5.746/ 1929, art. 106. A proposta de concordata, para ser válida e produzir efeitos jurídicos, si o pagamento for à vista, não será inferior a quarenta por cento e deverá ser aceita por maioria de credores:
a) representando pelo menos 60 % do valor dos créditos si o dividendo oferecido for superior a 50 %...

Lei nº 11.101/2005, art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

O método utilizado é o dedutivo, partindo-se da análise do ativismo judicial e seus efeitos (premissa maior) para aplicação em processos de recuperação judicial (premissa menor) e as consequências para os credores diante da desconsideração da vontade da assembleia ou da manifestação individual do credor na concessão da recuperação.

1 – ATIVISMO JUDICIAL NA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

O respeito à autonomia da vontade das partes, característico desde os processos de moratória e concordata preventiva e que alcançou a LRF, eventualmente é ponderado pelo Poder Judiciário. O cuidado com as consequências de eventual convolação em falência faz com que alguns juízes flexibilizem ou afastem certos dispositivos da LRF em prol de um "bem maior", normalmente, fundamentado na função social da atividade empresarial (art. 47).

Marlon Tomazette (2017, p.52) explica a importância da função social para a empresa:

> Pela função social que lhe é inerente, a atividade empresarial não pode ser desenvolvida apenas para o proveito do seu titular, isto é, tem uma função maior. Não interessam apenas os desejos do empresário individual, do titular da EIRELI ou dos sócios da sociedade empresária, vale dizer, é fundamental que a empresa seja exercida em atenção aos demais interesses que a circundam, como o interesse dos empregados, do fisco e da comunidade.

Para Luís Roberto Barroso, a "participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros Poderes" (2009, p. 6), define o ativismo judicial.

Lênio Streck, mais assertivo, chama atenção para os perigos do ativismo. Entende que "o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade" (2013, p. 2).

Daniel Antônio Sarmento (2007, p. 14), na mesma linha, enfatiza os efeitos danosos do ativismo e acrescenta a insegurança jurídica quando se suprime a previsibilidade.

> Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

Luís Roberto Barroso também aponta aspectos positivos, pois "o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais" (2009, p. 6).

Desse modo, haveria uma fundamentação para uma maior atuação dos juízes nos processos de recuperação judicial, diluindo a autonomia da vontade das partes, que sempre caracterizou os processos de proteção do crédito do devedor desde 1850. Todavia, a procedência dos argumentos em prol do ativismo judicial em processos de recuperação judicial eventualmente não afasta as críticas, tais como a insegurança jurídica quando se suprime ou altera substancialmente a previsibilidade da decisão judicial.

Ainda em relação ao ativismo na recuperação judicial, a LRF ainda é tida por muitos como relativamente recente, embora com mais de 10 anos de vigência, e careceria de "aprimoramento, aperfeiçoamento e melhor efetividade legal" (ABRÃO, 2015, p.17). Nessa linha, em 2015, foi publicada a obra "10 anos de Vigência da Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei n. 11.101/2005)", cujos textos contaram com a contribuição de Jorge Lobo, Fabio Ulhoa Coelho, Ricardo José Negrão Nogueira entre outros.

De fato, um ano após a publicação da obra, a Portaria[2*] do Ministério da Fazenda nº 467 de dezembro de 2016 constitui um grupo de trabalho com 21 membros com a finalidade de estudar, consolidar e propor medidas voltadas ao aprimoramento da LRF.

Em maio de 2018, o Poder Executivo submeteu aos Membros do Congresso Nacional a deliberação do texto do Projeto de Lei n. 10.220/ 2018, que altera a LRF e a Lei nº 10.522/2002 para "atualizar a legislação"[3*].

Considerando-se a opinião de parte da doutrina e a formação do referido grupo de trabalho do Ministério da Fazenda, bem como o Projeto de Lei nº 10.220/2018, é possível concordar com a opinião de Luís Roberto de que uma das missões do Poder Judiciário seria suprimir omissões legislativas diante da inércia ou retardo desse Poder.

Um caso típico de ativismo judicial máximo, isto é, em descumprimento a uma norma imperativa de lei (art. 155-A, § 4º, do CTN), é a concessão da recuperação judicial sem a

---

[2] Portaria nº 467, de 16 de dezembro de 2016 - O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso das atribuições que lhe confere o inciso I do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e tendo em vista o disposto no inciso V do art. 27 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, resolve:
Art. 1º Fica instituído o Grupo de Trabalho com a finalidade de estudar, consolidar e propor medidas voltadas ao aprimoramento da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e de outros instrumentos legais associados aos temas recuperação e falência de empresas.

[3] Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927

apresentação das certidões negativas de débitos tributários nos termos dos art. 151, 205, 206 do Código Tributário Nacional, como previsto nos artigos 57 da LRF e 191-A do CTN.

Para Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 232), é acertada a decisão dos Tribunais em conceder a recuperação sem as certidões fiscais enquanto o parcelamento especial previsto no artigo 68 da LRF não fosse instituído, o que ocorreu em novembro de 2014 com a Lei nº 13.043.

> O Poder Judiciário, acertadamente, tem dispensado a apresentação das certidões de inexistência de débitos tributários exigida pelo art. 57 da LF como condição para o prosseguimento do processo de recuperação judicial *enquanto* a prometida lei do parcelamento não for editada.

Acrescenta-se que ainda há decisões concedendo a recuperação judicial mesmo diante da inclusão do art. 10-A na Lei nº 10.522/2002, que dispõe sobre o parcelamento de débitos de devedores em recuperação judicial e prazos e condições diferenciadas.

Como já afirmado, em 2014, a lacuna que existia sobre o tema do parcelamento foi suprida, mas a exigência continua sendo dispensada por alguns magistrados[4*] e por parte da doutrina. Veja-se o exemplo de Manoel Justino Bezzera Filho (2018, p. 213):

> Os arts. 151, 205 e 206 do CTN, referidos, dizem respeito às hipóteses de suspensão do credito tributário e ao modo de comprovação de quitação ou suspensão de exigibilidade. Na realidade, verifica-se que o objetivo do legislador nesse dispositivo é o de obrigar o devedor a quitar suas dívidas fiscais antes do ajuizamento da recuperação judicial, ou, ao menos, providenciar o seu parcelamento, nos termos da legislação tributária aplicável. Note-se, no entanto, que isso pode inviabilizar a recuperação de inúmeras empresas em situação de crise econômico-financeira, na medida em que, na maioria das vezes, os encargos fiscais, ao lado das dívidas com financiamento bancário, são os maiores responsáveis pela própria crise em que a empresa se encontra. (2018, p.213)

Assim, parte da doutrina é tão contrária à aplicação do dispositivo legal que, inclusive, culpa o legislador como uma das fontes da crise.

Contudo, Jorge Lobo (20l0, p. 224) defende com total propriedade o oposto. Além de sustentar a aplicabilidade do artigo 57 da LRF, entende o doutrinador que o devedor "deverá estar de posse das certidões negativas de débitos tributários, dentro dos trinta dias seguintes à publicação contendo a relação dos credores, para a eventualidade de não haver objeção ao plano de recuperação". Em que pese tal opinião, o momento exato para a apresentação das certidões

---

[4] À guisa de ilustração, em 2017, no julgamento do agravo de instrumento nº 1554760-3 pela Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a recuperação judicial foi concedida sem a apresentação das certidões negativas de débitos tributários apesar da "superveniência de lei específica, qual seja, a Lei nº 13.043/2014 pela qual foi incluído o art. 10-A à Lei nº 10.522/2002." O argumento utilizado foi a possibilidade de o órgão fazendário cobrar livremente seus créditos diante do prosseguimento das execuções fiscais independente do processamento da recuperação (art. 6º, § 7º, da LRF).

é após (i) a deliberação favorável ao plano da assembleia de credores ou (ii) o decurso do prazo de 30 dias da publicação do aviso aos credores.

Desse modo, exemplificou-se que há doutrinadores favoráveis ao ativismo judicial, outros em caso de lacuna e também há os que são contrários.

Independentemente do posicionamento doutrinário, constata-se que a atuação do Poder Judiciário tem interferido nas relações entre devedores e credores no processo de recuperação judicial.

2 – ALGUMAS SITUAÇÕES QUE DÃO MARGEM A ATIVISMO EM PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A flexibilização dos procedimentos da Lei nº 11.101/2005 pelos Tribunais pode afetar a autonomia da vontade dos credores, descaracterizando a natureza contratual do instituto, criando um cenário de insegurança jurídica com reflexo imediato no custo do crédito.

Citam-se três situações em que pode ocorrer o ativismo judicial: na objeção ao plano de recuperação judicial, na apuração dos votos em assembleia e no respeito ao voto do credor.

2.1 Rejeição do Plano de Recuperação Judicial pela Assembleia de Credores

Apresentado o plano de recuperação, os credores podem objetá-lo (art. 55, LRF) no prazo de 30 dias, apresentado as razões que recomendam sua rejeição e decretação da falência, como efeito direto. Os credores podem apontar a inviabilidade do emprego de meios de recuperação previstos (deságio, carência de pagamentos, alienação de ativos etc) para o soerguimento da empresa, cabendo a decisão de mérito à assembleia de credores, a ser convocada pelo juiz (art. 56, LRF).

Como efeito, o juízo não poderá conceder a recuperação judicial sem a aprovação do plano pelos credores reunidos em assembleia (art. 58, LRF). Assim, a principal consequência da objeção para a recuperanda é a necessidade de acatá-la em assembleia pelo quórum exigido para aprovação do plano (art. 45, LRF).

Sergio Campinho (2006, p. 161) explica que a objeção do credor ao plano deva ser admitida por menor que seja o valor de seu crédito.

> A qualquer credor, independentemente do valor do crédito e da sua classificação, esteja ele vencido ou não, é assegurado o direito de manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.

Manoel Justino Bezerra Filho (2018, p. 210) sustenta que o credor sequer precisa ter seu crédito submetido à LRF:

> O artigo estabelece que qualquer credor poderá manifestar objeção ao plano, incluindo também os credores que, embora submetidos à recuperação, ainda assim não tenham sofrido alteração no valor ou condições de pagamento de seu crédito (v. comentário n. 3 ao art. 45). Igualmente, os credores não sujeitos ao plano de recuperação (§ 3º e 4º art. 49) podem manifestar objeção, sem direito de voto a AGC (art. 39, §1º).

Adverte Jorge Lobo (2010, p. 219) que, "na Argentina, a Lei n. 24.522, de 1995, exige que a objeção seja justificada e, em seu art. 50, especifica, sob a forma de *numerus clausus*, as causas de impugnação ao plano de recuperação"[5*]. Diferentemente da objeção ao plano de recuperação judicial, a impugnação à homologação de plano de recuperação extrajudicial é limitada às matérias previstas no art. 164, § 3º, da LRF.

Além dos custos que são incorridos pela devedora (aluguel de espaço apropriado, sistema de gravação, sistema de votação, publicação em diário oficial e em jornal de grande circulação[6*] etc), a realização da assembleia impõe o ônus do êxito. Em caso de a assembleia rejeitar o plano, o processo poderá ser convolado em falência (art. 56, § 4º, LRF).

Para a aprovação do plano é necessário o aceite de mais da metade dos credores de todas as quatro classes previstas no art. 41 da LRF. Concomitantemente, também se exige votos favoráveis que representem mais da metade do valor total dos créditos das classes II e III presentes à assembleia.

Os credores podem não acreditar na viabilidade econômica da proposta da devedora que instrui o plano e que o prosseguimento da empresa agravaria a insolvência do devedor. Portanto, ainda que os credores acreditem na possibilidade de revitalização da empresa, podem entender que receberão mais com a venda dos ativos na falência.

Não obstante, com base no art. 58, § 1º, LRF, o juiz poderá conceder a recuperação com base em plano rejeitado, desde que tenha obtido de forma cumulativa o voto favorável de credores que representem mais de 50% do valor dos créditos presentes à assembleia, independentemente de classes, bem como a aprovação de 2 das 4 classes. Caso haja somente 2 classes de credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas. Na classe que houver

---

[5] Ley de Concursos y Quiebras (1995). Acuerdo Preventivo. Impugnación. Los acreedores con derecho a voto, y quienes hubieren deducido incidente, por no haberse presentado en término, o por no haber sido admitidos sus créditos quirografarios, pueden impugnar el acuerdo, dentro del plazo de cinco (5) días siguiente a que quede notificada por ministerio de la ley la resolución del artículo 49.

Causales. La impugnación solamente puede fundarse en: 1) Error en cómputo de la mayoría necessária; 2) Falta de representación de acreedores que concurran a formar mayoría en las categorias; 3) Exageración fraudulenta del passivo; 4) Ocultación o exageración fraudulenta del activo; 5) Inobservancia de formas esenciales para la celebración del acuerdo.

Esta causal sólo puede invocarse por parte de acreedores que no hubieren presentado conformidad a las propuestas del deudor, de los acreedores o de terceros.

[6] Lei nº 11.101 de 2005, art. 36, caput.

rejeitado o plano exige-se o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados pelo valor dos créditos e presenças.

Verifica-se que o juiz pode conceder a recuperação somente nos limites da votação prevista no art. 58, § 1º, já exposto, e desde que o plano não preveja tratamento diferenciado aos credores da(s) classe(s) em que obteve rejeição (art. 58, § 2º, LRF). Ausentes estes pressupostos, a LFR lhe impõe a convolação da recuperação judicial em falência (art, 73, III, LRF) e, por conseguinte, decisão diversa da prevista em lei incorrerá em ativismo judicial.

2.2. Apuração dos Votos em Assembleia

Os processos de recuperação judicial admitem litisconsórcio ativo[7*] quando os fluxos de caixa das sociedades empresárias estão umbilicalmente unidos, como explica Scilio Faver (2014, p. 49). Por exemplo, a Sociedade Comercial e Importadora Hermes S.A. (Hermes) e a sociedade Merkur Editora LTDA. (Merkur), protocolaram pedido de recuperação judicial conjunto em 2013 na Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro (proc. nº 0398439-14.2013.8.19.0001).

> Como forma de iniciar a admissibilidade do litisconsórcio, a jurisprudência já vem salientando a criação de um requisito extralegal, consistente na comprovação de que os litisconsortes estejam ligados por uma relação de grupo econômico e de dependência financeira-patrimonial.

A Hermes vendia produtos de moda feminina, entre outros, por catálogos impressos pela Merkur. Os catálogos eram distribuídos graciosamente aos consumidores. A Merkur não possuía faturamento próprio e seus custos eram reembolsados pela Hermes com a venda dos produtos. Com a crise financeira, a Merkur concedeu garantias para mútuos pactuados entre a Hermes e instituições financeiras.

Distribuído o feito para a 7ª Vara Empresarial, o juízo deferiu o processamento da recuperação e caracterizou as sociedades como integrantes de grupo econômico de fato.

Em sentido contrário, a Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), em 2013, no julgamento do agravo de instrumento nº 0064637-04.2013.8.19.0000, determinou o desmembramento e a livre distribuição do processo de recuperação judicial da OSX Brasil S/A, OSX Construção Naval S/A e OSX Serviços

---

[7] CPC, art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: [...] III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

Operacionais Ltda., que havia sido processado por dependência ao processo de recuperação judicial do Grupo OGX. Conforme trecho do acórdão da Décima Quarta Câmara Cível do TJRJ:

> 46. Na hipótese dos autos, conquanto ambos os grupos econômicos (OGX e OSX) postulem recuperação judicial, trata-se de conglomerados distintos, com quadros societários e atividade empresariais próprios, ativo e dívidas diversificados, além do que são as agravadas as principais credoras do GRUPO OGX.
> 47. O **ponto comum** da relação jurídica de direito material está na crise econômica que, sobremaneira, afetou o GRUPO OGX, com reflexos na impossibilidade momentânea de o GRUPO OSX honrar suas dívidas, o que conduziu ao pedido de recuperação judicial.
> 48. Não obstante, essa afinidade de questões – no caso, por um ponto comum de fato – não é, sabidamente, motivo processual suficientemente forte para determinar a reunião de ambos os feitos no mesmo Juízo de Direito.
> A afinidade não se confunde com a conexão, não prorroga a competência, gerando, sim, efeitos no campo do Litisconsórcio, que será facultativo, simples (jamais unitário!...)

Um dos efeitos do deferimento do litisconsórcio ativo será percebido em assembleia e induz à seguinte indagação: para efeito de votação do plano, os credores podem ser reunidos em grupo econômico ou a votação será em separado, isto é, por sociedade devedora?

A falta de previsão na LRF quanto a regras especiais para recuperações judiciais conjuntas de sociedades integrantes de grupos econômicos fomenta um posicionamento da doutrina e do Judiciário.

Luiz Ayoub e Cássio Cavalli (2013, p. 223) entendem haver um único plano:

> Assim como incumbe ao devedor elaborar o plano de recuperação judicial, a ele incumbe apresentar o plano de recuperação judicial dentro do prazo de lei. Se a recuperação foi postulada em litisconsórcio ativo, deve-se apresentar um único plano de recuperação judicial para todas as empresas [sic] litisconsortes.

Contudo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2072604-95.2018.8.26.0000, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) entendeu que caberia aos credores da UTC Participações S.A - em Recuperação Judicial, e outras, optar pela votação unificada ou separada do plano. Conforme o voto do desembargador relator José Araldo da Costa Telles, proferido em 19 de julho de 2018:

> Nessa esteira, andou bem o i. magistrado ao determinar que caberá aos credores de cada uma das recuperandas e a necessidade de tal anuência foi por mim destacada em inúmeros julgados -, em votações separadas (tal providência está garantida com a apresentação, pela Administradora Judicial, de relação segregada dos credores em 12 grupos item 46 das fls. 97/98), decidir sobre a consolidação substancial, de modo que, se aprovada por todos os credores das sociedades integrantes do Grupo UTC, deve ser votado o plano unitário apresentado, ou, acaso aprovado apenas com relação a algumas ou nenhuma delas, que se faça a necessária adequação.

O entendimento acima não é unanime. A 14ª Câmara Cível do TJRJ, ao apreciar o Agravo de Instrumento nº 0043183-31.2014.8.19.0000, em que a OSX Brasil S/A. - em Recuperação Judicial, e outras, eram agravadas, determinou que os planos de recuperação

judicial fossem apreciados em separado pelos credores. Extrai-se a afirmativa da relatoria do recurso pelo desembargador Gilberto Guarino:

> 45. Tudo bem ponderado, voto no sentido de rejeitar a preliminar e, de ofício, anular a decisão agravada, revogar a decisão de fls. 34 a 36 (índice eletrônico n.º 34), que deferiu efeito suspensivo ad cautelam, e determinar que o MM. Juiz designe data para a realização da Assembleia Geral de Credores, que apreciará as objeções aos 03 (três) Planos de Recuperação Judicial inicialmente apresentados.

Da mesma forma que a doutrina estimula (i) a unificação dos credores em um único plano, bem como (ii) na esteira da decisão da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, que transferiu a decisão aos credores sobre a votação da unificação do plano em assembleia e, por fim, na linha adotada pela 14ª Câmara Cível do TJRJ (votação em separado dos planos), também há decisões que transferem à devedora a decisão de agrupar os credores das diversas sociedades empresárias que compõem o polo ativo, por exemplo o acordão da 22ª Câmara Cível do TJRJ[8*] proferido no Agravo de Instrumento nº 0014865-67.2016.8.19.0000.

As decisões judiciais citadas refletem casos de ativismo para suprir lacuna legislativa, diante da admissibilidade de recuperações de grupos econômicos num único processo, outra hipótese de ativismo.

Qualquer que seja a decisão no caso concreto, a unificação ou o desmembramento dos credores em votações, única ou separadas, pode alterar de forma significativa o resultado da assembleia porque o peso do voto do credor é diluído no momento em que a base de cálculo da votação aumenta. *A contrario senso*, ganha força se houver uma votação por plano.

Essa "força" poderá ser intransponível se houver uma hipótese em que uma devedora possua ativos suficientes para adimplir as obrigações perante seus credores. Para esses credores, poderá ser mais vantajoso o processo falimentar do que o recuperacional, no qual receberão nas mesmas condições do que os demais credores do grupo econômico. Para piorar a hipótese, as empresas das demais sociedades que compõem o litisconsórcio podem ser inviabilizadas com a ausência de tais ativos.

O art. 52 da LRF atribui ao juiz o processamento da recuperação somente após verificar a documentação prevista no art. 51 da LRF. A apresentação dos documentos consolidados das diversas sociedades empresárias que constituem o polo ativo não está prevista na legislação. Tampouco está previsto que devedoras podem consolidar os laudos de avalição

---

[8] Agravante: Banco BTG Pactual S.A e Agravados: Abengoa Construção Brasil Ltda, Abengoa Concessões Brasil Holding S.A, Abengoa Greenfield Brasil Holding S.A

que compõem o plano de recuperação judicial. Tais documentos devem ser apresentados para embasar a tomada de decisão do credor havendo objeção ao plano (art. 53, II e III, LRF).

A demonstração da viabilidade econômica dos meios de recuperação previstos permite ao credor avaliar as perspectivas de êxito da recuperação, enquanto o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos possibilita ao credor aferir se a falência não seria mais benéfica para si diante da gravidade (ou não) da situação patrimonial da devedora.

Desse modo, a depender da decisão judicial quanto à forma de votação dos planos e a quem caberia essa decisão (ao juiz, aos credores ou ao devedor), o futuro da empresa, sua função social e o futuro dos credores podem ser substancialmente alterados.

2.3 Respeito ao Voto do Credor na Assembleia

No processo de recuperação judicial, o voto do credor nas assembleias pode ser apurado de duas formas. A primeira, ordinária, descrita nos artigos 38 e 42 da LRF em que todos os votos serão apurados na proporção do valor do crédito, independentemente na natureza do título e da distribuição dos credores em classes (art. 41, LRF). Neste cenário, os credores deliberam sobre pedido de desistência do devedor, o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor, suspensão dos trabalhos da assembleia, etc. A segunda hipótese é exclusiva para aprovação do plano ou sua modificação (art. 45, *caput*, LRF), quando todas as classes de credores deverão aprovar a proposta.

Nas votações sobre o plano, o credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quórum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito (LRF, art. 45, § 3º c/c art. 49, § 2º). Também não podem votar nem ter os votos computados para os quóruns de instalação e de deliberação os credores relacionados no art. 43 da LRF[9*].

A LRF não prevê outros casos de impedimento de voto. Contudo, já se admite a desconsideração de voto proferido em assembleia por abuso do direito, como descrito no

---

[9] Art. 43. Os sócios do devedor, bem como as sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% (dez por cento) do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10% (dez por cento) do capital social, poderão participar da assembleia geral de credores, sem ter direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quórum de instalação e de deliberação.

Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica ao cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até o 2º (segundo) grau, ascendente ou descendente do devedor, de administrador, do sócio controlador, de membro dos conselhos consultivo, fiscal ou semelhantes da sociedade devedora e à sociedade em que quaisquer dessas pessoas exerçam essas funções.

Enunciado 45 da I Jornada de Direito Comercial, “o magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito”.

As analises propostas não almejam aferir a pertinência do enunciado, tão somente a conduta dos magistrados em processos de recuperação judicial que pode se ater ao tecnicismo da legislação, ou então, “atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento” praticar ativismo judicial.

Considerando a natureza contratual da recuperação judicial e a ausência de dispositivo legal que permita ao juiz recusar a autonomia da vontade do credor declarada através do voto, a desconsideração do voto do credor é um caso nítido de ativismo.

3 – ANÁLISE DE CASOS SOB A ÓTICA DO ATIVISMO JUDICIAL OU SUA AUSÊNCIA

Ejan Makaay e Stéphane Rousseau (2015, p. 12), ao dissertarem sobre a Teoria da Justiça, explicam que, pela vertente do utilitarismo o direito deve ser deduzido através de considerações de eficácia. Ressaltam que a “abordagem que permite ganhos para a coletividade, mediante ganhos de alguns membros, embora com perdas de outros, implica saber como evitar o arbítrio ao compatibilizar os ganhos e as perdas e escolher os ganhadores e os perdedores”.

As considerações são importantes porque a rejeição do plano de recuperação implica na convolação em falência (art. 73, III, LRF). A decisão concessiva, a priori, é melhor para a coletividade e *stakeholders* do que a negatória. Entretanto, cabe aos credores da recuperanda avaliar os custos maiores ou menores com a recuperação ou com a falência. A balança dos lucros e perdas pende para os credores, pois são eles que os sofrerão com a decisão tomada.

A despeito do afirmado, nem sempre a vontade dos credores é respeitada, mormente quando deliberaram pela rejeição do plano. Alguns julgadores, arvorando-se na condição de defensores da empresa e invocando quase sempre o art. 47 da LRF, concedem a recuperação judicial ou desconsideram o voto de credor (es) em afronta à natureza contratual do instituto e aos dispositivos legais.

A seguir analisam-se três casos, sendo que em dois deles houve ativismo judicial e, no último, a decisão foi de ordem técnica e dentro do que preceitua a LRF quanto ao respeito à manifestação de vontade dos credores e remissão do saldo devedor.

3.1 Caso GPC Participações S/A - Desconsideração do voto do credor e concessão da recuperação judicial

Em narrativa objetiva dos fatos, com base em informações colhidas no processo nº 0116330-24.2013.8.19.0001 (Sétima Vara Empresarial, Comarca da Capital do Rio de Janeiro), a assembleia de credores da GPC Participações S/A, da GPC Química S/A e da Apolo Tubos S/A foi instalada em segunda convocação em novembro de 2013. Os credores da classe I (titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho) aprovaram o plano de recuperação judicial por aclamação. Mais da metade dos credores titulares de créditos com garantia real (classe II) aprovaram o plano, porém o número de credores que o rejeitou foi igual ao número que aprovou, ocorrendo o empate.

As devedoras não conseguiram a aprovação da classe II, pois era necessária a aprovação tanto pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor do crédito quanto a aprovação dos representantes de mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia (art. 45, § 1º, LRF). Diante do empate, não conseguiu a maioria simples.

As devedoras conseguiram o apoio da maioria simples dos credores da classe III, mas os títulos não atingiram mais da metade do valor total dos créditos presentes. Dessa maneira, as devedoras também não conseguiram a aprovação da classe III, sendo o plano aprovado apenas na classe I. À época da votação ainda não havia a classe IV (credores enquadrados como microempresa ou de pequeno porte), instituída pela Lei Complementar nº 147/2014.

Conforme o *caput* do art. 45 da LRF, as três classes deveriam aprovar o plano de recuperação judicial. Com a reprovação de duas das três classes, a assembleia rejeitou o plano.

O cenário da votação indica que o juízo deveria ter convolado a recuperação em falência, *ex vi* do inciso III do art. 73 da LRF. O juízo sequer poderia ter considerado a aprovação pelo *cram down*, visto que, pelo art. 58, § 1º, seria necessária a aprovação de duas das três classes de credores. Porém, sem qualquer base legal, concedeu-se a recuperação judicial. Pela decisão de fls. 8.090 do processo, o maior credor da classe III, POSTALIS – Instituto de Seguridade Social dos Correios e Telégrafos, deveria ter fundamentado sua rejeição por concentrar um grande peso na votação.

> Várias são as decisões atualmente proferidas, muitas já confirmadas pelos competentes órgãos revisores, no sentido de que, em sendo verificado que o credor detentor de vultosa participação financeira – que sozinho tenha o poder de ditar o rumo da votação de sua classe – deve o mesmo justificar sua oposição ao plano, e não meramente rejeitá-lo, sob pena de o seu voto ser desqualificado por ser abusividade. (2013, fls.8.090)

O juiz fundamentou a decisão no fato de o credor POSTALIS ter invocado no processo que o crédito não se submeteria aos efeitos da recuperação como fundamento para não consentir com a recuperação, o para ele que caracterizaria o abuso do direito, *in verbis*:

> Como anteriormente dito, o credor ”POSTALIS” impugnou formalmente a inclusão do seu crédito à sujeição da RJ, com o ingresso de impugnação, o que só siso, deixa claro sua intenção de não assentir com o plano de recuperação judicial. (2013, fls.8.091)

Considerando que o artigo 55 da LRF não exige que o credor fundamente a objeção ao plano de recuperação judicial, apenas a apresente tempestivamente, a fundamentação do juízo da Sétima Vara Empresarial pode ser considerada caso de ativismo judicial, pois também não seria exigível que o credor fundamentasse o voto, qualquer que seja seu peso.

Ad argumentandum que o art. 39, § 2º, da LRF prevê que as deliberações da assembleia geral não serão invalidadas em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos, a fundamentação do juízo é equivocada e eivada de ativismo, pois também a discussão sobre natureza do crédito não deve interferir no resultado da votação. A autonomia da vontade dos credores deve ser respeitada.

Também houve ativismo no juízo *ad quem*, pois a decisão *a quo* foi confirmada pela instância revisora, ao decidir que “diante de todo o exposto, nego provimento ao recurso, mantida a decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos” (AI, p.8.771).

A relatora do Agravo de Instrumento na 14ª Câmara Cível do TJRJ, desembargadora Maria de Castro Neves Vieira, interposto da decisão que concedeu a recuperação judicial pela POSTALIS, entendeu que o juiz tem o poder de “empurrar goela abaixo” a recuperação judicial, ainda que em detrimento da vontade dos credores, ao expor sua opinião sobre o *cram down*.

> Agravo de Instrumento A expressão – “cram down” – significa, literalmente - “empurrar goela abaixo” - ou seja, reside na possibilidade de o juiz intervir no resultado da votação que rejeitou o plano de recuperação, para impor a aprovação da proposta aos credores.
> Sopesando entre os interesses dos credores e a preservação da empresa - deve o juiz, prioritariamente, observar o espírito que o legislador primeiramente quis externar, ou seja, o da preservação da empresa, como fonte geradora de recursos e empregos. Portanto, ainda que haja o detrimento do interesse dos credores, convencido o magistrado de que a empresa pode superar a crise econômica que atravessa, deverá deliberar para que isto ocorra.

Nota-se que a doutrina especializada não admite a concessão da recuperação judicial em casos como o narrado, isto é, com rejeição do plano por duas das três classes de credores. A respeito dos limites da atuação do juiz no *cram down* manifestaram-se Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli (2013, p. 289):

> Caso a deliberação acerca do plano de recuperação judicial não tenha alcançado os *quoruns* previstos no art. 45 da LRF, de regra o magistrado deverá convolar a recuperação em falência (art. 73, III, c/c art. 56, § 4°, ambos da LRF). Entretanto, se alcançado o *quorum* alternativo do art. 58, §1°, da LRF, o juiz poderá conceder a recuperação. Essa concessão da recuperação de plano que não foi aprovado pela maioria de cada uma das classes caracteriza hipótese em que o plano é imposto pelo

> juiz aos credores. No jargão anglo-saxônico, essa imposição chama-se *cram down*. [grifos nossos]

Não obstante a LRF não apresentar dispositivo do abuso do direito de voto do credor em assembleia, pode-se utilizar a legislação comparada como paradigma em decisões acerca da desconsideração do voto do credor nas assembleias, sem embargo da disposição contida no art. 187 do Código Civil[10*].

A Diretiva 2016/0359 do Parlamento Europeu relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, em seu artigo 9º, item 6, sugere que "se a maioria necessária não for atingida numa ou mais categorias votantes discordantes, o plano poderá, não obstante, ser confirmado se cumprir os requisitos em matéria de reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores, previsto no artigo 11º."

Conforme o artigo 11º, para o plano ser aprovado contra a vontade dos credores, precisaria atender às seguintes condições[11*]: ao menos uma categoria tenha aprovado; observar as regras de prioridade absoluta[12*]; passar no teste do melhor interesse dos credores[13*], inexistência de novos financiamentos que injustificadamente prejudicam os credores, atender ao artigo 9°, que garante o direito ao voto dos credores afetados, bem como estimular que os credores sejam agrupados em classes.

---

[10] Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[11] Artigo 11° - **Reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores.** 1. Cabe aos Estados-Membros assegurar que um plano de reestruturação que não seja aprovado por todas e cada uma das categorias de partes afetadas possa ser confirmado por uma autoridade judicial ou administrativa a pedido de um devedor, ou de um credor com o acordo do devedor, e tornar-se vinculativo para uma ou mais categorias discordantes, caso esse plano de reestruturação:
(a) Preencha as condições previstas no artigo 10º, n.°2;
(b) Tenha sido aprovado por pelo menos uma categoria de credores afetados que não seja uma categoria de detentores de participações e por qualquer outra categoria que, após a avaliação da empresa, não receba qualquer pagamento ou outra retribuição em contrapartida ao ser aplicada a ordem normal das prioridades de liquidação;
(c) Observe a regra da prioridade absoluta.
Artigo 10º, n.°2, - Cabe aos Estados-Membros assegurar que as condições para a confirmação de um plano de reestruturação por uma autoridade judicial ou administrativa sejam claramente especificadas e prevejam pelo menos os seguintes requisitos:
(a) O plano de reestruturação foi adotado em conformidade com o artigo 9° e notificado a todos os credores conhecidos suscetíveis de por ele ser afetados;
(b) O plano de reestruturação satisfez o teste do melhor interesse dos credores;
(c) Há necessidade de novo financiamento para executar o plano de reestruturação, não sendo os interesses dos credores injustamente prejudicados

[12] Artigo 2º, 10. Regra da prioridade absoluta: a obrigatoriedade de uma categoria de credores discordante ser paga na íntegra antes de uma categoria inferior poder receber qualquer distribuição ou conservar qualquer participação no âmbito do plano de reestruturação.

[13] Artigo 2º, 9. Teste do melhor interesse dos credores: a garantia de que nenhum credor discordante fica em pior situação com o plano de reestruturação do que ficaria em caso de liquidação, quer através da liquidação fracionada quer através da venda como empresa em funcionamento

Se tais premissas fossem aplicadas à recuperação judicial da GPC Participações S/A, provavelmente o juiz da Sétima Vara Empresarial teria fundamentação para desconsiderar o voto do POSTALIS, caso pudesse ser utilizada a legislação estrangeira, o que não é possível diante de previsão expressa em sentido contrário no art. 58, § 1º, da LRF.

Desse modo, a decisão concessiva da recuperação judicial está eivada de ativismo judicial por ter se utilizado de fundamentos estranhos à LRF, "criando" situação de abuso do direito para desconsiderar o voto do credor com o fito específico e único de "enquadrar" o resultado da votação na hipótese de *cram down*. Tanto é nítido este objetivo que a decisão não ataca a votação na classe II e o empate, pois o plano pode ser rejeitado por uma das classes votantes para efeito de concessão da recuperação pelo juiz.

3.2 Caso Cerâmica Gyotoku Ltda. - Desconsideração do voto do credor e convolação da recuperação judicia em falência

No segundo processo a ser analisado (Cerâmica Gyotoku Ltda.), a Segunda Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao analisar o Agravo de Instrumento nº 0136362-29.2011.8.26.0000, desconsiderou o voto dos credores que haviam aprovado o plano de recuperação judicial e alterou a decisão do juízo concessiva da recuperação judicial, para determinar a apresentação de um novo plano pelas devedoras. Não houve reforma da decisão para convolar a recuperação em falência.

Neste caso, o ativismo judicial foi no sentido oposto do que ocorreu no primeiro caso. A autonomia da vontade dos credores também foi desconsiderada, haja vista que o desejo da maioria dos credores reunidos em assembleia foi desprezado ao não ser confirmada a concessão da recuperação judicial com base no plano aprovado.

O processo nº 0008591-92.8.26.0606 foi ajuizado em junho de 2010 e distribuído para a 4ª Vara Cível do Foro da Comarca de Suzano/SP. O plano foi apresentado em outubro de 2010 e aprovado pela assembleia de credores em março de 2011.

A decisão concessiva da recuperação judicial, de junho de 2011, foi objeto de Agravo de Instrumento interposto pelo credor Banco Itaú BBA S/A, provido pela segunda instância. Os fundamentos para a decisão são analisados a seguir.

Inicialmente, o desembargador relator Manoel de Queiroz Pereira Calças consignou em seu voto que o plano é "surrealista" (AI, 2011, p.12), pois não poderia prever a aplicação percentual sobre as receitas líquidas, por impedir que o "Poder Judiciário ou o Ministério Público examinem com presteza o pontual cumprimento ou o descumprimento de tais

obrigações (AI, 2011, p. 11)". Contudo, a primeira obrigação relacionada aos percentuais venceria somente 36 meses contados da concessão da recuperação judicial. Logo, não haveria tal exame diante do disposto no *caput* do art. 61 da LFR em relação ao encerramento da recuperação (dois anos após a concessão). Do mesmo modo, acrescentou o desembargador Relator, "é de se indagar, e se não houver lucro líquido? Na medida em que o plano estabelece pagamento sobre a parcela da receita líquida" (AI, 2011, p. 11). Assim, há uma evidente confusão de conceitos descritos no acordão, que trata receita líquida como sinônimo de lucro líquido.

A antecipação de pagamento dos títulos de menor valor, a ausência de previsão de juros remuneratórios e a remissão de saldos devedores que não puderem ser quitados até o 18º ano foram outros argumentos para a modificação da decisão que concedeu a recuperação judicial (AI, 2011, p. 2).

A decisão dos desembargadores não considerou que a empresa poderia se recuperar e todos os créditos poderiam ser quitados antes do prazo determinado. Também não se considerou que os credores seriam melhor qualificados para aferir a possibilidade de êxito do plano, na esteira do enunciado 46 da I Jornada de Direito Comercial, segundo o qual "não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores."

A Segunda Câmara Reservada à Falência e Recuperação do TJSP descartou a possibilidade de ser mais importante para os credores estimular a atividade econômica do que reaver seus créditos.

O ativismo reside no fato de os desembargadores não terem confirmado a decisão monocrática concessiva nem decretado a convolação da recuperação em falência, adotando-se solução *sui generis* de invalidar o plano aprovado e determinar a apresentação de um outro. Acerca desse novo plano de recuperação judicial, a devedora não conseguiu sua aprovação e a falência foi decretada em janeiro de 2016.

3.3 Caso Galvão Engenharia S.A. - Respeito à manifestação de vontade dos credores e remissão do saldo devedor

No primeiro caso analisado, GPC Participações S/A, o ativismo judicial estaria alinhado com a Diretiva 2016/0359 do Parlamento Europeu caso não houvesse determinação contrária na LRF.

O ativismo judicial que ocorreu no processo da Cerâmica Gyotoku Ltda. não teve sorte igual uma vez que a recuperação foi convolada em falência pela rejeição do segundo plano.

Nos dois primeiros casos, o ativismo judicial teve o mesmo objeto - desconsiderar o voto do credor, mas em sentidos opostos. No terceiro, a recuperação da Galvão Engenharia S.A., processo nº 0093715-69.2915.8.19.0001 que tramita na Sétima Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, não houve desconsideração de qualquer voto.

A assembleia geral de credores, em agosto de 2015, aprovou o plano de recuperação judicial da Galvão Engenharia S.A e da Galvão Participações S.A, mediante o quórum previsto no art. 45 da LRF, obtido em cada classe de credores votantes na seguinte proporção: 100% dos credores da Classe I; 66,66% dos créditos e 89,6% dos credores da classe III e 95,93% dos credores da classe IV".

O juiz respeitou a declaração de vontade dos credores reunidos em assembleia, apesar de o plano também conter a previsão de remissão do saldo devedor, assim como ocorreu no processo da Cerâmica Gyotoku Ltda. Porém, neste, a cláusula foi utilizada como fundamento para não observar o desejo dos credores.

Pela cláusula 3.8.11 do plano de recuperação, as notas promissórias oferecidas aos credores quirografários seriam quitadas com recebíveis de três origens. "Independentemente dos valores recebidos", ainda que "somados sejam em valores inferiores ao das Notas Promissórias [...] considerar-se-ão integral e irrevogavelmente quitadas.

Conforme a cláusula 3.8.8 do plano, as devedoras teriam 30 (trinta) anos para quitar as notas promissórias, prazo bem superior ao previsto no plano da Cerâmica Gyotoku Ltda. (de 18 anos). Como previsto na cláusula 10.6, "salvo nos casos expressamente previstos no plano, não incidirão juros e nem correção monetária sobre o valor dos créditos a partir da Data do Pedido."

Desse modo, os fundamentos apresentados no acórdão da Segunda Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para desprezar os votos dos credores reunidos em assembleia e não permitir a concessão da recuperação judicial também foram identificados no plano da Galvão Engenharia S.A, cuja recuperação judicial foi concedida em setembro de 2015.

Contudo, neste caso, o juiz ao conceder a recuperação judicial, rejeitou o pedido de nulidade do plano arguido pelo credor Netherland Engenharia Ltda EPP. Acrescentou, ainda, que "as insatisfações pessoais de determinados credores devem se subjugar ao interesse do que fora decidido pela maioria do colegiado, visto que à sua decisão devem todos se submeter".

Percebe-se a ausência de ativismo judicial na decisão e que seu tecnicismo respeitou a natureza contratual do instituto e ao que preceitua o art. 58 da LRF.

4 – CONCLUSÃO

O atributo da autonomia da vontade da maioria dos credores que caracteriza o processo de recuperação judicial também estava presente no instituto da concordata preventiva desde o Decreto nº 917/1890, com exceção do Decreto-lei nº 7.661/45.

O ativismo judicial vem descaracterizando o instituto recuperacional na medida em que afasta a soberania da decisão da assembleia de credores ou altera os procedimentos descritos na legislação, seja para conceder seja para convolar a recuperação em falência.

A participação mais intensa do Poder Judiciário no intuito de preservar a valorização do trabalho humano, livre iniciativa e assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (fundamentos da ordem econômica constitucional), por vezes, suprime o tecnicismo legal para declarar nulo voto de credores, ou então, alterando a base de apuração dos votos em assembleia ao unificar as devedoras em uma única votação.

Ao analisar dois casos (GPC Participações S/A e Cerâmica Gyotoku Ltda.), identificaram-se comportamentos dos julgadores opostos. Enquanto no primeiro, o voto do credor quirografário foi afastado para permitir conceder a recuperação judicial pelos critérios do *cram down*, no segundo, a decisão da assembleia foi desrespeitada, pois se determinou a elaboração de novo plano e não se concedeu, de imediato, o benefício.

No terceiro e último caso (Galvão Engenharia S/A) não houve ativismo judicial porque o juiz respeitou a decisão da maioria dos credores reunidos em assembleia e concedeu a recuperação judicial, ainda que houvesse o questionamento de nulidade do plano suscitado por um credor. Nesse plano as condições eram ainda mais rigorosas daquelas previstas no plano da Cerâmica Gyotoku Ltda, considerado nulo pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Diante da limitação de páginas, a análise de apenas três processos de recuperação é insuficiente para concluir precisamente como o Poder Judiciário deve atuar nos processos de recuperação; se deve seguir o rigor técnico da LRF, flexibilizar ou afastar seus dispositivos.

Entre os elementos da pesquisa, no ativismo no processo da GPC Participações S/A identificou-se fundamentos para a concessão da recuperação apoiado na Diretiva 2016/0359, porém houve afronta a dispositivos da LRF que não pode prevalecer sobre a norma estrangeira.

Pela pequena amostra de casos, depreende-se que o juiz não deve ser o oráculo que decide sobre as matérias em detrimento da autonomia da vontade das partes, causando insegurança jurídica e impactando os custos de concessão de crédito.

Como sugestão, devem ser fixados critérios *de lege ferenda* em que o juiz possa fundamentar o ativismo, como sugerido na Diretiva 2016/0359. Tal solução pode ser uma alternativa para adequar uma legislação tão exígua para a complexidade do universo empresarial.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fatima Nancy; BENETI; Carlos Henrique, ABRAÃO. **10 anos de Vigência da Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei n. 11.101/2005).** São Paulo: Saraiva, 2015.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cassio. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Atualidades Jurídicas** – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. 4 ed. jan./fev. 2009. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/ FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 20/03/2019.

BENETI, Sidnei et al. (Coord.) **10 anos de Vigência da Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei n. 11.101/2005).** São Paulo: Saraiva, 2015.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa – o novo regime da insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EUROPA. Parlamento Europeu. Diretiva 2016/0359. Publicado em: 22/11/ 2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/COM-2016-723-F1-PT-MAIN-PART-1.PDF. Acesso em: 22 mar. 2019.

LOBO, Jorge. Comentários ao art. 57. In. TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 150-151.

MACKAY, Ejan, ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2.ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Décima Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 1554760-3. Agravante: Luiz Roque Marianelli. Agravado: TML Transportes LTDA. Relator: Helder Luis Henrique Taguchi. Paraná, 05 de abril de 2017. Disponível em: https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/ 451604842/agravo-de-instrumento-ai-15547603-pr-1554760-3-acordao. P.1, abr. 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Comarca da Capital. 7ª Vara Empresarial. Decisão. Processo n.º 0116330-24.2013.8.19.0001. Autor: GPC Participações S/A e outro. Juiz de Direito Fernando Viana. Rio de Janeiro, 11 de dezembro 2013, p.8082, jan. 2014.

_____. _____. _____. Decisão. Processo n.º 0093715-69.2015.8.19.0001. Autor: Galvão Engenharia S/A e outro. Juiz de Direito Fernando Viana. Rio de Janeiro, 14 de setembro de 2015, p.9743-9752, set. 2015.

_____. _____. 14ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0043183-31.2014.8.19.0000. Agravante: Banco Votorantim S/A. Agravadas: OSX Brasil S/A em Recuperação Judicial e outros. Relator: Gilberto Guarino. Rio de Janeiro, 5 de novembro de 2014, p.371-386, nov. 2014

_____. _____. _____. Agravo de Instrumento nº 0064637-04.2013.8.19.0000. Agravante: Acciona Infraestrutura S/A. Agravadas: OSX Brasil S/A e outros. Relator: Gilberto Guarino. Rio de Janeiro, 19 de fevereiro de 2014, p.208-226, fev. 2014

_____._____. 20ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº.0002519-55.2014.8.19.0000. Agravante: POSTALIS – Instituto de Seguridade Social dos Correios e Telégrafos. Agravado: GPC Participações S.A. e outos. Relatora: Maria de Castro Neves Vieira. Rio de Janeiro, 13 de agosto de 2014, p.8758-8771, ago. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Comarca de Suzano. 4ª Vara Cível. Sentença. Processo n.º 0008561-92.2010.8.26.0606. Autor: Cerâmica Gyotoku Ltda. Juíza de Direito Luciene Pontirolli Branco. Suzano, 21 de jan. 2016, p.1-13.

_____. _____. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de Instrumento nº 2072604-95.2018.8.26.0000. Agravante: UTC Participações S.A em Recuperação Judicial. Agravado: Empresa de Energia São Manoel S.A. Relator: Araldo Telles. São Paulo, 19 de julho de 2019.

SARMENTO, Daniel (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Outubro/2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros. Acesso em: 21/03/2019

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas.** v. 3. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários a Lei de falência:** Decreto-Lei n. 7661, de 21 de setembro de 1945. 4.ed. rev. e atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999.