

**IV CONGRESSO NACIONAL DA
FEPODI**

DIREITO EMPRESARIAL

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – FEPODI

Presidente - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

1º vice-presidente: Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

2º vice-presidente: Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

Secretário Executivo: Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

Tesoureiro: Sérgio Braga (PUCSP)

Diretora de Comunicação: Vivian Gregori (USP)

1º Diretora de Políticas Institucionais: Cyntia Farias (PUC-SP)

Diretor de Relações Internacionais: Valter Moura do Carmo (UFSC)

Diretor de Instituições Particulares: Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

Diretor de Instituições Públicas: Nevitton Souza (UFES)

Diretor de Eventos Acadêmicos: Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu: Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

Vice-Presidente Regional Sul: Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

Vice-Presidente Regional Sudeste: Jackson Passos (PUCSP)

Vice-Presidente Regional Norte: Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

Vice-Presidente Regional Nordeste: Osvaldo Resende Neto (UFS)

COLABORADORES:

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

ET84

Ética, ciência e cultura jurídica: IV Congresso Nacional da FEPODI: [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ANPG/PUC-SP/UNINOVE;

coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello, Mariana Ribeiro Santiago – São Paulo: FEPODI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-143-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Ética, ciência e cultura jurídica

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Ética. 3. Ciência. 4. Cultura jurídica. I. Congresso Nacional da FEPODI. (4. : 2015 : São Paulo, SP).

CDU: 34



www.fepodi.org

IV CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

Apresentamos à toda a comunidade acadêmica, com grande satisfação, os anais do IV Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduandos em Direito – FEPODI, sediado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo –PUC/SP, entre os dias 01 e 02 de outubro de 2015, com o tema “Ética, Ciência e Cultura Jurídica”.

Na quarta edição destes anais, como resultado de um trabalho desenvolvido por toda a equipe FEPODI em torno desta quarta edição do Congresso, se tem aproximadamente 300 trabalhos aprovados e apresentados no evento, divididos em 17 Grupos de Trabalhos, nas mais variadas áreas do direito, reunindo alunos das cinco regiões do Brasil e de diversas universidades.

A participação desses alunos mostra à comunidade acadêmica que é preciso criar mais espaços para o diálogo, para a reflexão e para a troca e propagação de experiências, reafirmando o papel de responsabilidade científica e acadêmica que a FEPODI tem com o direito e com o Brasil.

O Formato para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia sobremaneira este desenvolvimento acadêmico, ao passo que se apresenta ideias iniciais sobre uma determinada temática, permite com considerável flexibilidade a absorção de sugestões e nortes, tornando proveitoso aqueles momentos utilizados nos Grupos de Trabalho.

Esses anais trazem uma parcela do que representa este grande evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos.

Assim, é com esse grande propósito, que nos orgulhamos de trazer ao público estes anais que, há alguns anos, têm contribuindo para a pesquisa no direito, nas suas várias especialidades, trazendo ao público cada vez melhores e mais qualificados debates, corroborando o nosso apostolado com a defesa da pós-graduação no Brasil. Desejamos a você uma proveitosa leitura!

São Paulo, outubro de 2015.

Yuri Nathan da Costa Lannes

A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS DECISÕES DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES QUE DELIBERAM SOBRE A CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

THE JUDICIAL INTERVENTION IN DECISIONS OF ASSEMBLY GENERAL OF CREDITORS WHO DELIBERATE ABOUT CONCESSION OF JUDICIAL RECOVERY

**Miguel Kfourì Neto
Cláudia de Lurdes da Silva Gonçalves**

Resumo

A lei 11.101/2005, que disciplina a recuperação judicial, extrajudicial e falência, tal como foi escrita, leva-nos a uma leitura taxativa. Em um primeiro momento podemos crer que não haverá intervenção do judiciário, quanto as decisões proferidas pela Assembleia Geral de Credores. Entretanto, como se verá adiante, a jurisprudência tem tratado da intervenção do judiciário de modo diverso do previsto em lei. O objetivo deste ensaio é buscarmos entender os motivos que fundamentam as intervenções e as qualidades das mesmas. Pesquisa desenvolvida cuja vertente metodológica é a de procedimento bibliográfico teórico-documental, com uma dogmática, utilizada como forma de analisar os resultados.

Palavras-chave: Recuperação judicial, Intervenção judicial, Limites da intervenção

Abstract/Resumen/Résumé

The Law 11.101 / 2005, which governs judicial recovery, extrajudicial and bankruptcy, as written, takes us to an exhaustive reading. At first we believe that there will be no intervention of the judiciary, the decisions taken by the Creditors' Meeting. However, as we shall see, the case law has dealt with the intervention of the different ways of the judiciary provided by law. The purpose of this essay is to seek to understand the reasons underlying the interventions and the qualities of the same. Research carried whose methodological aspect is the theoretical and documentary literature procedure, with a dogmatic, used as a way to analyze the results.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial recovery, Judicial intervention, Limits for intervention

INTRODUÇÃO

Ao estudarmos a lei 11.101/2005, podemos observar a taxatividade da lei e até mesmo vedações à interferência do judiciário sobre a possibilidade de concessão da recuperação judicial.

Inconformados com a letra da lei partiu-se em busca do posicionamento jurisprudencial, onde encontramos suporte para propositura do presente trabalho.

A pesquisa na busca opções para solução para a questão. Apesar de a lei não prever a intervenção do juiz nas decisões da assembleia -que o diploma legal estatui como soberana-, a atuação judicial pode ser fundamental para o destino da empresa. É pertinente a pretensão de um processo justo, o que vai além da simples aplicação literal do regulamento. O ensaio, desenvolver-se-á por meio do estudo da jurisprudência e da análise sistêmica da lei.

1. OS CENÁRIOS PROPOSTOS PARA REFLEXÃO: PODE O JUDICIÁRIO INTERVIR NA DECISÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES QUE REJEITA OU APROVA O PLANO DE PAGAMENTO?

O presente trabalho limitar-se-á a analisar duas situações em que a jurisprudência tem tomado posicionamento diverso do previsto em lei. No primeiro cenário, a assembleia geral dos credores decide aprovar um plano de pagamento, mas o juízo se recusa a homologar o decidido. No segundo, a decisão da assembleia geral de credores é contrária à concessão da recuperação judicial, mas o juiz da causa homologa o plano de pagamento, concedendo a recuperação judicial, mesmo que não esteja presente os requisitos do cram down.

Quais são os limites da revisão judicial de decisões da assembleia geral de credores?

Para trabalharmos as hipóteses, buscamos investigar a situação na perspectiva de dois cenários encontrados na jurisprudência atualmente e os argumentos utilizados para embasar cada tipo de decisão.

2. A ANÁLISE DOS CENÁRIOS PROPOSTOS E A MOTIVAÇÃO PARA INTERVENÇÃO

O primeiro cenário concerne ao caso de um plano de recuperação que fora aprovado em assembleia geral de credores. Contudo, o juiz não homologa tal decisão, pedindo que seja apresentado e posto em votação um novo plano de recuperação.

Diante do cenário acima exposto, devemos pensar quais os motivos norteadores da decisão. Analisando os julgados proferidos, extraímos as seguintes motivações:

1) Algumas decisões foram motivadas com base no princípio da discricionariedade¹, que tem como base oportunidade e conveniência.

2) De outra banda, temos decisões motivadas com base na validade do negócio jurídico, considerando que alguma das cláusulas do plano de pagamento tenha afrontado o artigo 104 do código civil.

O segundo cenário presente na jurisprudência tange à decisão da assembleia geral de credores que não aprova o plano de pagamento, por não atingir o quórum qualificado exigido pela lei 11.101/2005 no artigo 45.

A lei nesse caso prevê a convocação da recuperação judicial em falência, conforme artigo 73, inciso III da lei 11.101/2005. Entretanto o julgador decide de forma contrária concedendo a recuperação judicial, e o faz pelos seguintes motivos:

1) Nesse caso o magistrado usa como motivação do *cram down*, instituto previsto no artigo 58 da lei 11.101/2005², que possibilita a concessão com um quórum menos exigente que o quórum qualificado. Mas há ainda casos em que o julgado promove um rebaixamento do *cram down*³ para que seja possível a concessão da recuperação judicial, normalmente nos casos em que apenas um credor detém o poder de vetar a recuperação judicial.

¹ Sobre discricionariedade, importante os ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque, em BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 352- 354. “Quanto maior a indeterminação do conceito legal, mais relevante e delicada apresenta-se a função jurisdicional. A decisão, nesses casos, pressupõe grande *liberdade de investigação crítica* do julgador, que a doutrina processual costuma identificar, de forma não muito precisa, como poder discricionário atribuído ao juiz. Na realidade, não se trata de poder discricionário, visto que o juiz, ao decidir à luz dessas regras, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valor próprios da discricionariedade.”

² Nesse sentido a observação tecida por Carlos Klein Zanini em ZANINI, Carlos Klein. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 334.: “Deve-se atentar, todavia, para o fato de que a própria Lei prevê uma alternativa à decretação automática da falência pela rejeição do Plano na Assembleia-Geral de Credores. Trata-se da possibilidade prevista no art. 58, §1º, da Lei, segundo o qual assiste ao juiz a prerrogativa (‘o juiz poderá...’) de ‘conceder a recuperação judicial com base no Plano que não obteve aprovação’ na Assembleia, uma vez atendidas as condicionantes listadas em ambos parágrafos desse dispositivo. Por conseguinte, não é a mera rejeição do Plano pela Assembleia condição de *per se* bastante para decretação da quebra. Há de se conceder ao devedor, previamente, o benefício da segunda chance estampado no art. 58 da Lei, sujeito ao prudente arbítrio do juiz da causa.”

³ Para exemplificar o rebaixamento do CRAM DOWN, de grande valia o acórdão: RIO GRANDE SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Sul. **Agravo de Instrumento n. 70045411832**. Agravante: Banco do Brasil S/A. Agravado: Aeromot Industria Mecanico Metalurgica Ltda. Relator Romeu Marques Ribeiro Filho Disponível em: <http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70045411832%26num_processo%3D70045411832%26co_dEmenta%3D4575906+INSTRUMENTO+DESPROVIDO.+++AGRAVO+DE+INSTRUMENTO+QUINTA+C%3%82MARA+C%C3%87VEL+N%C2%BA+70045411832+%09COMARCA+DE+PORTO+ALEGRE&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70045411832&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=29-02-2012&relator=Romeu+Marques+Ribeiro+Filho>. Acesso em: 13 nov. 14.

2) Há também na jurisprudência decisões motivadas no princípio da preservação da empresa⁴, expresso no artigo 47 da lei 11.101/2005. O juiz decide homologar a recuperação judicial, para que se cumpra o próprio escopo da lei, definido em seus objetivos qual seja, a preservação da empresa⁵, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Ambos os cenários refletem a interferência do juiz sobre a decisão proposta pela assembleia geral de credores. No entanto, a jurisprudência busca solucionar o problema com base em argumentos diversos, como demonstrado em cada subitem.

3. A INVESTIGAÇÃO DA MOTIVAÇÃO E SUA QUALIDADE

⁴ Nesse sentido julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO DA DECISÃO QUE APROVOU O PLANO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. (...) 4. Ressalte-se que cabe ao Judiciário aferir sobre a regularidade do processo decisório da Assembléia de Credores, se esta foi realizada de forma adequada e foram atendidos os requisitos legais necessários para tanto, levando-se em consideração, ainda, a viabilidade econômica de a empresa cumprir o plano ajustado, ou mesmo se há a imposição de sacrifício maior aos credores, para só então proferir decisão concedendo ou não a recuperação judicial à empresa agravada, pressupostos que foram observados no caso dos autos. 5. **Ademais, o princípio da preservação da empresa, insculpido no art. 47 da Lei 11.101/2005, dispõe que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação daquela, sua função social e o estímulo à atividade econômica.** 6. Assim, observadas as peculiaridades do caso em concreto, onde entendo que restaram preenchidos os requisitos legais atinentes ao ato de convocação para a assembleia geral de credores no procedimento de recuperação judicial, presente o fato de que por ocasião da realização do referido ato o Plano de Recuperação Judicial restou aprovado, nos termos do art. 45 do diploma legal precitado, bem como em consonância com o princípio da preservação da empresa, norte balizador presente na novel lei que trata da insolvência corporativa, a manutenção da decisão agravada que concedeu a recuperação judicial, é a medida que se impõe. 7. **Por fim, é de se destacar que a recuperação judicial se trata de um favor creditício, de sorte que deve prevalecer o princípio da relevância do interesse dos credores, ou seja, a vontade majoritária destes no sentido de que o custo individual a ser suportado pelos mesmos é menor do que o benefício social que advirá à coletividade com a aprovação do plano de recuperação, preservando com isso a atividade empresarial, em última análise, o parque industrial ou mercantil de determinada empresa, bem como os empregos que esta mantém para geração da riqueza de um país.** Rejeitada a preliminar contra-recursal e, no mérito, negado provimento ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento Nº 70043514256, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 31/08/2011).

⁵ Para melhor ilustração sobre o ponto, importante a leitura da decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que nos apresenta a seguinte ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 'CRAM DOWN'. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. Decisão que tem por finalidade assegurar a possibilidade de superação da situação de crise econômico-financeira da agravada, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Manutenção da decisão recorrida. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. Disponível em: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70048350169**. Agravante: Banco do Brasil S/A Agravado: Brasfumo Industria Brasileira de Fumo S.A. Relator: Des.^a Isabel Dias Almeida. Porto Alegre, 27 de junho de 2012. Disponível em: <http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70048350169%26num_processo%3D70048350169%26codEmenta%3D4775727+Agrav+de+Instrumento+N%C2%BA+70048350169%2C+Quinta+C%C3%A2mara+C%C3%ADvel%2C+Tribunal+de+Justi%C3%A7a+do+RS%2C+&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF8&numProc=70048350169&comarca=Comarca+de+Ven%2Encia+Aires&dtJulg=27-06-2012&relator=Isabel+Dias+Almeida>. Acesso em: 20 nov. 2012.

A proposta deste ensaio concerne na investigação da qualidade da motivação adotada pelos julgadores. E, ainda, identificar outros motivos possíveis para justificar a decisão desta natureza.

Partiremos para resposta do problema com a análise da lei 11.101/2005, de seus princípios e a conformidade das decisões da assembleia geral de credores com o ordenamento jurídico.

O presente exame decorre da percepção de existir incerteza, diante das múltiplas possibilidades envolvendo o instituto da recuperação judicial de empresa: com frequência, sociedades veem-se forçadas a buscar a proteção do instituto. A Lei 11.101/2005, que regula a matéria, mostra-se insuficiente como instrumento para tutelar adequadamente a pluralidade de sujeitos que costumam estar em tal circunstância; e a análise da jurisprudência, por seu turno, revela a expansão da interferência do Poder Judiciário frente às decisões proferidas pelas nas assembleias de credores.

Um exame preliminar da matéria põe em evidência cinco razões que abonam a pesquisa. É o que se vê a seguir.

A primeira razão concerne ao caráter taxativo do texto legal. A Lei 11.101/2005 prescreve as decisões do juiz, disciplinando de modo restrito, isto é, predeterminando um rol taxativo de alternativas decisórias. Assim, pela leitura simples de seus dispositivos, encontram-se as seguintes imposições:

“ 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 assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei. [...]. (grifo nosso)

Art. 73. **O juiz decretará a falência** durante o processo de recuperação judicial: [...]. (grifo nosso).”

Portanto, ao conceber um regulamento para a recuperação judicial de empresa, o legislador foi imperativo, inflexível, aparentemente pretendendo engessar os movimentos do julgador.⁶

⁶ Discricionariedade no processo civil, ler Luis Alberto Reichel. Em: REICHEL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 332.” A correta compreensão do alcance do comando acima referido impõe reconhecer, antes de tudo, que a atuação jurisdicional em sede de instrução processual de forma alguma pode ser tida como *discricionária*. Não se deve confundir *discricionariedade* com *margem de interpretação*: ao juiz não se dá, em tais comandos, a possibilidade de decidir exclusivamente com base no binômio *conveniência/opportunidade*; ao contrário, o que há é uma situação na qual o julgador está sujeito a um regramento jurídico que predetermina as hipóteses nas quais é permitida a sua intervenção e, ao mesmo

Pontuamos a necessidade de proceder-se um exame dos conceitos fechados existentes na lei - o que vem a ser, aliás, condição para o desenvolvimento de outros tópicos. Nesse sentido, os ensinamentos de Eduardo Secchi Munhoz⁷, que afirma não haver na lei conceitos abertos que possam configurar margem de interpretação; não havendo, pois, para o julgador, a hipótese de um juízo de discricionariedade, in verbis:

“Não cabe ao juiz, portanto, nenhuma margem de *discricionariedade* a respeito da matéria ou, em palavras mais precisas, não há na lei, quanto a esse aspecto, conceitos abertos (chamados conceitos indeterminados) que confirmam ao juiz margem ampla de interpretação **para emissão dos respectivos juízos de legalidade. Assim, uma vez preenchidos os requisitos da lei, que nesse aspecto não adota nenhuma cláusula aberta ou conceito indeterminado, e aprovado o plano pelos credores, cumpre ao juiz conceder a recuperação; se, por outro lado, não se configurar tal hipótese, cabe ao juiz decretar a falência.**”

Uma segunda razão são os princípios norteadores da lei 11.101/2005⁸, expostos no parecer 534/2004 do Senador Ramez Tebet, quais sejam:

- “1) Preservação da empresa;
- 2) Separação dos conceitos de empresa e de empresário;
- 3) Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis;
- 4) Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis;
- 5) Proteção aos trabalhadores;
- 6) Redução do custo do crédito no Brasil;
- 7) Celeridade e eficiência dos processos judiciais;
- 8) Segurança jurídica;
- 9) Participação ativa dos credores;
- 10) Maximização do valor dos ativos do falido;
- 11) Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte;
- 12) Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial;”

O presente trabalho dará atenção apenas àqueles princípios que guardam relação com a abordagem proposta, isto é, a preservação da empresa; recuperação das sociedades e empresários recuperáveis; retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; celeridade e eficiência dos processos judiciais; segurança jurídica; e participação ativa dos credores.

tempo, estabelece as consequências que a ela vêm associadas. O problema a ser enfrentado, em verdade, é o da determinação do significado da linguagem empregada em tais hipóteses e consequências, que não raro, acaba sendo definido à luz dos fatores presentes no caso concreto.

⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 287.

⁸ Sobre os princípios da lei 11.101/2005, ver Medeiros, Felipe Dia. **Princípios Norteadores Da Recuperação Judicial: Importância Desta Análise No Brasil**.

No ponto, importante transcrever os ensinamentos de João Pedro Scalzilli, Rodrigo Tellechea e Luis Felipe Spinelli⁹, in verbis:

“Quanto à aplicação dos princípios, note-se, entretanto, que nem sempre será possível atendê-los de forma harmônica e conjunta, especialmente quando vierem a conflitar entre si, **situação na qual deverá o interprete da lei realizar o devido sopesamento entre os princípios**, levando-se em consideração o caso jurídico em concreto e as consequências socioeconômicas da eventual decisão.”

A terceira motivação é a necessidade de discutir-se a soberania da assembleia geral de credores. Ora, logo que surgiu a Lei 11.101/2005, as decisões judiciais não discutiam a soberania da assembleia geral de credores, mas seguiam à risca a previsão legal.¹⁰ As deliberações da assembleia eram soberanas, restando ao juiz unicamente homologar a recuperação judicial ou, noutro sentido, designar a falência da sociedade, únicas hipóteses previstas pela lei.

Entretanto, nas pesquisas jurisprudenciais, observa-se que a proposta de lei em relação à votação em classes e o quórum qualitativo e quantitativo podem levar a situações que um único credor poderia inviabilizar a recuperação judicial. A partir dessa perspectiva a jurisprudência começou a flexibilizar a regra do *cram down*.

A intervenção o juiz na aplicação da regra do *cram down* ganha mais relevância ainda a partir da Lei Complementar 147 publicada em agosto de 2014, que cria a 4ª classe de credores. Com a criação da 4ª, sem a alteração do artigo 58 da lei 11.101/2005 que estipula a regra do *cram down*, poderá haver empate nas votações e nesse caso cria mais um problema a ser resolvido através da intervenção judicial.

A quarta motivação pode traduzir-se como um imperativo de atualidade. Ora, a realidade não é estática; pelo contrário, mais do que em qualquer outra época, vive-se numa sociedade caracterizada por mudanças rápidas e frequentes. Por óbvio, as relações empresariais igualmente modificam-se conforme as variações do mercado econômico. Frise-se que tampouco o direito é estático. Assim, ao presente estudo, interessa as consequências que uma

⁹ SCALZILLI, João Pedro; TELECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luis Felipe. Objetivos e princípios da lei de falências e recuperação de empresas. **Revista Síntese Direito Empresarial**, São Paulo, ano 5, n. 26, maio/jun. 2012.

¹⁰ Nesse caminho o entendimento de Alberto Caminã Moreira, em : MOREIRA, Alberto Caminã. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do ministério público. São Paulo In: VALENTE, Luiz Fernando (Coord.). **Direito falimentar e nova lei de falências e recuperação de empresas**: Quartier Latin, 2005. p. 256. “Rejeitar o plano é papel conferido exclusivamente à assembleia; declarar a falência é ato exclusivamente jurisdicional. Ao receber a ata da assembleia, contendo a decisão de rejeitar o plano, o juiz deve prolatar a sentença declaratória de falência, atendidos os requisitos do art. 99. **A declaração de falência é consequência imediata da decisão da assembleia de rejeição do plano. Não há outro caminho procedimental a ser seguido.** (grifo nosso).”

falência pode representar para uma determinada cidade ou setor da economia, bem como a repercussão da aprovação de um plano de pagamento que viole a legalidade.

Seguindo esta trilha, a vinculação do insucesso da recuperação judicial com a falência é um grande erro do legislador, como bem pontuou Fabio Ulhoa Coelho¹¹:

“A vinculação do insucesso da recuperação judicial à decretação da falência não deveria existir. Ela propicia o uso fraudulento do instituto por devedores que não se encontram em estado pré-falimentar e apenas desejam locupletar-se às custas dos credores.”

De outra banda, mas ainda sobre a convalidação da recuperação judicial em falência, importante o entendimento de Luiz Inácio Vigil Neto¹² que segue o mesmo raciocínio do inciso II, para interpretar o inciso III do artigo 73 da mesma lei. No ponto, indaga o autor: “como é possível sustentar a transformação do estado de recuperação judicial para falência, se o devedor ainda não estava juridicamente em recuperação judicial?” Para ele, não poderia ser convalidada a recuperação judicial em falência nas hipóteses dos incisos II e III supracitados, por não haver ainda o deferimento da recuperação propriamente dito.

Como quinto argumento, temos que analisar a o uso do benefício da recuperação judicial sobre outra perspectiva, temos os casos em que os devedores tentam utilizar o instituto da recuperação judicial com intuito fraudulento ou com o objetivo de causar prejuízo direto aos credores, impondo-lhes um ônus muito além do suportável em uma situação de crise. Para demonstrar tal situação, trazemos à baila o seguinte julgado proferido pelo Egrégio Tribunal de São Paulo¹³:

“Agrav. Recuperação Judicial. Plano aprovado pela assembleia-geral de credores. Plano que prevê o pagamento do passivo em 18 anos, calculando-se os pagamentos em percentuais (2,3%, 2,5% e 3%) incidentes sobre a receita líquida da empresa, iniciando-se os pagamentos a partir do 3º ano contado da aprovação. Previsão de pagamento por cabeça até o 6º ano, acarretando pagamento antecipado dos menores credores, instituindo conflitos de interesses entre os credores da mesma classe. Pagamentos sem incidência de juros. Previsão de remissão ou anistia dos saldos devedores caso, após os pagamentos do 18º ano, não haja recebimento integral. Proposta que viola os princípios gerais do direito, os princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da propriedade, da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial o princípio da ‘pars conditio creditorum’ e normas de ordem pública. Previsão que permite a manipulação do resultado das deliberações assembleares. Falta

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação judicial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 222.

¹² VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios estudos sobre a lei 11.101/05**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

¹³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agrav. de Instrumento n. 0136362-29.2011.8.26.0000**, Agravante: Banco Itaú BBA S/A. Agravados: Cerâmica Gytoku Ltda (em recuperação judicial) e Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda (administrador judicial). Relator: Pereira Calças. São Paulo, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cd_Acordao=5709697&v1Captcha=vvxtu> Acesso em: 13 nov. 2012.

de discriminação dos valores de cada parcela a ser paga que impede a aferição do cumprimento do plano e sua execução específica, haja vista a falta de liquidez e certeza do 'quantum' a ser pago. Ilegalidade da cláusula que estabelece o pagamento dos credores quirografários e com garantia real após o decurso do prazo bienal da supervisão judicial (art. 61, 'caput', da Lei nº 11.101/2005). **Invalidade (nulidade) da deliberação da assembleia-geral de credores declarada de ofício, com determinação de apresentação de outro plano, no prazo de 30 dias, a ser elaborado em consonância com a Constituição Federal e Lei nº 11.101/2005, a ser submetido à assembleia-geral de credores em 60 dias, sob pena de decreto de falência.** (grifo do nosso).”

Este acórdão foi proferido em 2012, momento em que se iniciou um novo posicionamento da jurisprudência.

CONCLUSÃO

A questão provavelmente passa por uma construção a ser produzida com à análise da lei 11.101/2005, do direito, do processo civil e do ordenamento jurídico de forma geral.

A lei 11.101/2005 veem sendo modificada, desde seu nascimento, pela jurisprudência. As modificações são necessárias para que tenhamos uma aplicação mais justa do instituto de modo geral. Contudo, as interferências¹⁴ devem ser motivadas, tendo como base de sua motivação a busca pelo processo justo fazendo com que assim possa ser atingido o escopo da lei, baseado nos princípios que a norteia em conjunto com o ordenamento jurídico cogente.

O cerne da questão é identificar quais são os limites da revisão judicial de decisões da assembleia geral de credores, com ênfase na qualidade da motivação utilizada pelo magistrado. Como visto, a lei não previa a interferência do judiciário nas decisões da assembleia geral de credores, taxativa, engessando as possibilidades de decisões.

Com o uso do instituo a jurisprudência pacificou a validade da interferência do judiciário nas decisões da assembleia geral de credores, o problema restou quanto a motivação e qualidade da intervenção. O ponto agora é o limite da interferência, para que se respeite os princípios da lei e seu objetivo, tendo em vista que Recuperação Judicial é um processo de negociação entre os credores e devedores, sendo válida a intervenção do judiciário, buscando a aplicação da lei da melhor forma possível, garantindo um processo justo e equânime.

¹⁴ No que tange a interferência do juiz nas decisões da assembleia, de grande valia os ensinamentos de José Roberto Dos Santos Bedaque, sobre a direção formal e material do processo. Em : BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas,2004. p 347-348.. “O exercício da atividade jurisdicional pressupõe seja o juiz dotado de poderes, sem o que seria inviável a condução do processo. Iniciado por provação da parte (art. 2º), seu desenvolvimento dá-se por impulso oficial (art. 262), devendo o julgador participar ativamente do contraditório, visando possibilitar que o instrumento estatal de solução de controvérsias atinja seus escopos. **Para tanto, ao juiz é conferida a direção não apenas formal, mas material do processo.**”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

DRESCH, R. F. V. Reflexões sobre a função econômico-social frente ao poder dos credores e o poder do juiz na recuperação de empresas. In: Liane Tabarelli Zavascki; Marcia Andrea Buring; Marco Félix Jobim. (Org.). **Diálogos Constitucionais de Direito Público e Privado**. 1 ed. Porto Alegre, 2012, v. 2, p. 405-420.pag.406.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 287.

Parecer 534, de 2004. Sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 71, de 2003 (nº 4.376/93, na Casa de origem), de iniciativa do Presidente da República, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. TEBET, Ramez apud MILANI, Mario Sergio. **Lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 0136362-29.2011.8.26.0000**, Agravante: Banco Itaú BBA S/A. Agravados: Cerâmica Gytoku Ltda (em recuperação judicial) e Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda (administrador judicial). Relator: Pereira Calças. São Paulo, 28 de fevereiro de 2012. Disponível:<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5709697&vlCaptcha=vvxtu>> Acesso em: 13 nov. 2012.

SCALZILLI, João Pedro; TELECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luis Felipe. Objetivos e princípios da lei de falências e recuperação de empresas. **Revista Síntese Direito Empresarial**, São Paulo, ano 5, n. 26, maio/jun. 2012.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios estudos sobre a lei 11.101/05**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.