

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 12

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
janeiro / junho de 2013

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas deste número: Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Eduardo Takemi Kataoka (UERJ), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Rodrigo Rocha Monteiro de Castro (Mackenzie – SP) e Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 12 (Janeiro/Junho de 2013)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no primeiro semestre de 2015.

O CONTROLE JUDICIAL DE DECISÃO ASSEMBLEAR CONCESSIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL¹

JUDICIAL CONTROL ON THE DECISION OF GENERAL MEETING OF CREDITORS THAT GRANT JUDICIAL RECOVERY

Caroline Da Rosa Pinheiro

Resumo: A extensão da autonomia da assembleia de credores no procedimento de recuperação judicial é, na atual conjuntura, um dos assuntos de maior destaque dentro da sistemática da Lei de Recuperação de Empresas. O presente artigo tem por finalidade analisar, como a mudança de entendimento – doutrinário e jurisprudencial - acerca do papel do judiciário no âmbito do processo falimentar, tem influenciado e comprometido, em alguma medida, a autonomia da vontade da assembleia geral de credores sobre a decisão concessiva de recuperação judicial.

Palavras-chaves: Recuperação Judicial. Controle de Legalidade. Assembleia de Credores. Insegurança jurídica.

Abstract: The extension of the autonomy of the meeting of creditors in the judicial recovery procedure is, at this juncture, one of the most prominent issues inside the Law on Corporate Recovery scheme. This article aims to analyze how the change of understanding - doctrinal and jurisprudential - about the role of the judiciary under the bankruptcy process has influenced and compromised, in some measure, the autonomy of will of the general meeting of creditors on the decision concessive of judicial recovery.

Keywords: Judicial Recovery. Control of Legality. Meeting of Creditors. Legal uncertainty.

¹ Artigo recebido em 01.03.2015 e aceito em 09.03.2015.

Sumário: Introdução; 1. O papel do Poder Judiciário e sua relação com a atividade empresária; 1.1. A recuperação judicial e a preservação da empresa; 1.2. A atuação do juiz; 2. A Assembleia Geral de Credores; 2.1. O custo da função social; 2.2. Limites do Controle de legalidade; 3. O panorama doutrinário e jurisprudencial acerca do controle judicial sobre decisão assemblear concessiva de recuperação; 3.1. O Judiciário e a homologação do plano; 3.2. O Judiciário e a apreciação do plano; Considerações Finais.

Introdução.

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) significou um divisor de águas no direito privado como um todo, não sendo diferente com o direito comercial. Os princípios instituídos pelo texto constitucional resultaram na mitigação de diversos outros princípios de conteúdo privatista que, a partir do parâmetro constitucional, passaram a ter sua eficácia condicionada.

Tendo como uma de suas principais características o garantismo, nosso diploma pátrio contém uma série de princípios considerados pela doutrina como “abertos” e/ou “abstratos”, conferindo, por assim dizer, maior liberdade ao intérprete do texto, que ao exercer esforço interpretativo sobre o conteúdo da Lei Maior, busca o que se seria ou deveria ser o “melhor direito”. Vale dizer, que no espírito constitucional, o “ideal de justiça” consiste na construção de uma decisão em consonância com os direitos e garantias fundamentais.

Não por outra razão, desde a promulgação de nossa constituição, podemos afirmar que a concepção de atuação do Poder Judiciário sofreu significativas modificações, seja quanto ao seu papel perante a sociedade, seja quanto ao alargamento de suas funções para além do direito material, assumindo um papel de importante, mas muitas vezes questionável, como órgão também responsável pelo estabelecimento de valores sociais, ampliando, por assim dizer, sua postura antes condicionada apenas às partes envolvidas em um litígio.

Inúmeros diplomas legislativos foram criados e/ou alterados a partir da CRFB, dentre eles a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, Lei 11.101/05 (“LRE”), cujos dispositivos – como não poderia deixar de ser – também devem ser interpretados à luz dos ditames constitucionais.

Todavia, ocorre com o direito falimentar um fenômeno que hoje é bastante conhecido no direito privado, qual seja: a dificuldade de compatibilização dos princípios privatistas, concebidos a partir da ideia de indivíduo, de propriedade e – no caso do direito empresarial – de livre iniciativa, com os princípios publicistas que, em síntese, objetivam o desenvolvimento da sociedade como um todo.

A LRE, na perspectiva constitucional, instituiu como seu mais importante princípio, a preservação da empresa. A escolha do legislador considerou a necessidade de alinhamento deste ramo do direito com os princípios constitucionais e, diferentemente do diploma anterior, o Decreto-Lei 7.661/45, que tinha como foco a execução do processo falimentar e tratava de forma tímida os instrumentos que, à época serviriam para recuperar a empresa: a concordata nas modalidades (preventiva e suspensiva). A lei atual, por outro lado, demonstra maior preocupação com a satisfação dos interesses de todos os sujeitos envolvidos no processo, não apenas os credores, mas também o devedor e a própria sociedade, que é sobremaneira influenciada pelas atividades empresariais².

² “A LRE “restaurou, de forma aparentemente paradoxal, os poderes dos credores, cuja assembleia-geral, decide, soberanamente, por exemplo, sobre a viabilidade da própria recuperação judicial do devedor – o que, como se sabe, não ocorria na

É nesse ambiente de aperfeiçoamento do que se convencionou denominar “estado de insolvência” que se desenvolveu o instituto da recuperação judicial e suas especificidades, sendo certo que seu principal objetivo se direciona no sentido da preservação da empresa através de um processo que possa atender aos múltiplos interesses envolvidos.

Ocorre que no desenvolvimento da recuperação judicial, cujo rito é estabelecido pela LRE, há momentos em que ocorrem decisões de caráter contratual entre os credores e o devedor submetidos – ou não – por lei ao procedimento de recuperação. Tais decisões, muitas vezes, têm repercussão social o que e justifica, por assim dizer, uma intervenção judicial.

E é sobre os limites dessa intervenção no processo de recuperação judicial que versa o presente trabalho, cuja metodologia consiste na análise doutrinária e jurisprudencial hodierna sobre o controle judicial de decisão assemblear concessiva de recuperação judicial³.

1. O papel do Poder Judiciário e sua relação com a atividade empresária.

O constitucionalismo moderno e o que representa uma concepção de “justiça”, a incorporação dos direitos reforçam a tendência de desneutralização do Poder Judiciário e, conseqüentemente, a um modelo de juiz com maior margem de

concordata, cuja concessão independia totalmente do assentimento dos credores”. “Fato que levou a Waldemar Ferreira a chamá-la de “concordata fascista” segundo nos relata Fábio Konder Comparato no seu notável e sempre atual Aspectos Jurídicos da Macroempresa (São Paulo, Ed RT, 1970, p. 99)”. In: FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. *Temas de Direito Societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 8.

³ O objetivo principal da do presente trabalho será a análise das questões pertinentes ao tema, sem o fito de exaurir os assuntos relativos a todo o procedimento de recuperação judicial, bem como suas discussões.

discricionariedade no momento da decisão. Este perfil reflete uma concepção de legalidade que relativiza a ideia tradicional de separação dos poderes, atingindo o legislativo e pondo fim a sua exclusividade na formulação das leis⁴.

O movimento nessa direção tem rendido ao Judiciário inúmeros elogios, mas também diversas críticas, uma vez que sua atuação nesse contexto é considerada, em alguma medida, uma ruptura à clássica divisão da esfera de competências entre os poderes.

Além disso, a harmonização dos diferentes objetivos determinados pelo legislador é tarefa árdua que não tem desvencilhado a doutrina e a jurisprudência no estágio de vigência da atual LRE, que parece – ao mesmo tempo – conceder espaço para o intérprete concentrar-se na ideia de função social da empresa em detrimento da busca pela eficiência e lucratividade (aspectos inerentes à atividade empresarial) e conceder espaço para realização de acordo entre os credores e devedor, cujo privilégio pode atingir negativamente o interesse dos trabalhadores⁵.

Entretanto, tal constatação não explica a opção do legislador sobre as deliberações assembleares do plano de recuperação e muito menos sugere o caminho a ser seguido pelo intérprete quando tais deliberações resultarem no afastamento da harmonia (muitas vezes de difícil concretude) proposta pela LRE.

1.1. A recuperação judicial e a preservação da empresa.

A atual recuperação judicial substituiu o instituto da concordata que era presente no antigo diploma falimentar Decreto-Lei

⁴ SADEK, Maria Tereza. Magistrados: uma imagem em movimento. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 13, nº 38. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v13n38/resenha1.pdf>>. Acesso em: 08/10/2014.

⁵ SZTAJN, Rachel. Comentários aos artigos 47 a 52. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 221.

7.661/45⁶ e possui como parâmetro a possibilidade de soergimento do empresário⁷ não falido, isto é, embora o estado de insolvência seja condição para requerimento da recuperação judicial, não é permitido, para esta finalidade, que a sociedade seja considerada falida.

A ideia é utilizar o instituto da recuperação a partir do critério da viabilidade econômica e tendo como foco a função social da empresa, princípio que, como destacamos anteriormente, limita os interesses puramente individuais e abre espaço (no ambiente negocial) para uma espécie de “humanização” das atividades empresariais. Sobre o ponto, Maria Celeste Morais Guimarães:

A análise da viabilidade econômica do plano de recuperação é um dos maiores desafios do novo sistema de insolvência empresarial. Os profissionais do Direito não têm, em regra, formação técnica para tal aferição, sendo necessária a análise conjunta com profissionais de formação financeira e econômica. A pouca experiência colhida com os planos de recuperação já apresentados ao Judiciário indica que, tanto quanto possível, devem ser identificados, por capítulos, os itens inerentes a cada área específica - aspectos econômicos, financeiros, sociais e jurídicos.⁸

⁶ A título de curiosidade, destacamos que o direito norte-americano dá ao credor, neste ponto examinado, tratamento equivalente ao das antigas leis brasileiras. O Bankruptcy Code estabelece, como um dos requisitos a serem observados para que um plano de reorganização seja homologado judicialmente, que cada credor receba não menos do que receberia se a liquidation (falência) do devedor tivesse sido decretada. Trata-se do chamado best interest of creditors test, em que o credor pode exigir não receber menos do montante a que faria jus caso não houvesse a reorganização, ou seja, caso tivesse sido decretada a falência do devedor. In: *Bankruptcy: cases, problems and materials*. 4 ed. New York: Foundation Press, 2007. p. 732-733.

⁷ No presente trabalho, utiliza-se o termo ‘empresário’ como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Deste modo, o termo empresário abrange duas classes: a dos empresários individuais e a dos empresários coletivos (sociedade empresária).

⁸ GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. In: CORRÊA-LIMA. *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 102.

Tal orientação faz com que atividade empresarial não seja mais concebida e/ou mantida de modo desvinculado de uma função social, visão essa oriunda do texto constitucional e assumida pela legislação ordinária, optando pela manutenção da empresa, sempre que houver possibilidade, tendo por finalidade o desenvolvimento econômico, a redução das dívidas e ainda, a proteção dos postos de trabalho.

O legislador através da LRE objetiva, de forma desafiadora resolver a situação financeira da empresa em crise e, ao mesmo tempo, viabilizar o pagamento dos credores, permitindo a continuidade da atividade concomitantemente à quitação dos débitos, cujo insucesso leva à falência.

Sobre a recuperação judicial, merece destaque o entendimento de Sérgio Campinho:

Apresenta-se como somatório de providências de ordem econômico financeiras por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa, possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade auto-sustentável, superando, com isso, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra o seu titular, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores. Nesta perspectiva, é um instituto de Direito Econômico⁹.

Podemos afirmar, desta forma, que tanto a recuperação judicial quanto a extrajudicial são institutos reservados aos devedores que apresentarem condições de superação da crise econômico-financeira existente, que preencham os requisitos para a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica (artigo 47 LRE).

Sobre a natureza do instituto em comento, não há como ignorar sua índole contratual, pois é possível perceber pela leitura dos dispositivos da LRE – como o artigo 35, I, que determina a aprovação,

⁹ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresas: o novo regime de insolvência empresarial*. 7 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

a rejeição ou a modificação do plano como competência da assembleia; o artigo 56 que estabelece que a assembleia deliberará em caso de rejeição de qualquer credor ao plano e, ainda, o artigo 59 que afirma que o plano de recuperação uma vez aprovado implica na novação dos créditos anteriores –, que é possível reconhecer a natureza contratual no processo de Recuperação Judicial, sobretudo nas situações que envolvem a atuação da assembleia de credores¹⁰.

Contudo, apesar da índole contratual, parametrizada pela autonomia privada, estar presente no processo de recuperação, sobretudo no momento da aprovação do plano, é certo que em determinadas situações, dada a influência que a atividade pode exercer para além das partes envolvidas, é pacífico o entendimento de que é razoável a submissão das decisões a uma avaliação judicial, momento em que é conferido ao Judiciário o poder de controle sobre as decisões tomadas pelas partes.

É importante destacar que, para a realização do acordo, não é exigido a manifestação favorável de todos os credores ao plano, a formação da assembleia ocorre com a presença do devedor e a maioria dos credores, criando uma situação “natural”, de submissão da minoria às matérias aprovadas pela assembleia.

1.2. A atuação do juiz.

Na LRE, o artigo 47 se encarrega da conexão da lei infraconstitucional com os valores preconizados pela CRFB, descrevendo de forma bastante ampla o objetivo do procedimento recuperacional, fundado na ideia de preservação da empresa, função social e estímulo à atividade econômica. Nesse sentido, merecem destaque as considerações de Ricardo Negrão que refletem bem a dificuldade de interpretação do citado dispositivo:

¹⁰ MANGE, Eduardo Foz. *Assembleia Geral de Credores na Recuperação Judicial*. Dissertação de Mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

O artigo 47 da Lei 11.101/05, descreve com amplitude o objetivo do procedimento de recuperação judicial: “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor”, de modo que em juízo se torne exequível promover a continuidade da empresa, mediante a preservação integral ou parcial de seus aspectos objetivo e corporativo (a manutenção da fonte produtora e do emprego dos trabalhadores). Numa dimensão exterior à empresa encontram-se, ainda, a preservação de sua função social, o estímulo à atividade econômica e a manutenção do interesse dos credores. A complexa definição conduz o hermeneuta a refletir sobre a conciliação possível de tantos objetivos, a orientá-lo quanto à natureza do instrumento processual e do pedido por ele tutelado e em que medida deve compreender as expressões “função social”, “estímulo à atividade econômica” e à atividade jurisdicional nominada preservação de empresa, utilizadas pelo legislador.¹¹

Questão de difícil enfrentamento e que tem causado diferentes manifestações por parte da doutrina e jurisprudência versa sobre a espécie e o limite do controle que é exercido pelo magistrado sobre o plano aprovado pela assembleia de credores.

Se por um lado, há os que defendem a soberania das decisões assembleares, como uma das matizes da preservação da atividade empresária, cabendo ao juiz apenas a homologação do plano de recuperação aprovado pela assembleia. Por outro, vem ganhando força o entendimento de que a intervenção judicial não é apenas possível, mas desejável, devendo, portanto, realizada no intuito de buscar o máximo de licitude sobre as providências tomadas pela assembleia com vistas ao atendimento do disposto no artigo 47 d LRE.

Além deste desafio, é sempre bom lembrar que, independentemente da nobreza da causa que se busca alcançar, os princípios de direito devem ser aplicados considerando os parâmetros do ordenamento jurídico como um todo, não sendo razoável sua interpretação isolada e desconexa. Nesse sentido, consideramos

¹¹ NEGRÃO, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa*. Saraiva, 2010. p. 124.

temerária a postura do Judiciário resultante na tomada de inúmeras decisões que desconsideram por completo os comandos legais (constitucionais ou infraconstitucionais) sob pretexto de realização de um “bem maior” a partir de um critério valorativo unilateral por parte do magistrado¹².

2. A Assembleia Geral de Credores.

Trata-se de um órgão que reúne os credores sujeitos aos efeitos da falência ou da recuperação judicial, com a finalidade de apresentar suas opiniões em momentos em que a lei exige, ou sobre o que for de interesse das partes envolvidas, sendo ela um órgão facultativo e não

¹² Estudos contemporâneos no ramo da Filosofia e do Direito Constitucional tratam da incorporação dos valores éticos na aplicação do direito. Nesse contexto ainda podemos falar da liberdade do magistrado que – sem possibilidade de desconectar-se por completo dos valores – deve aplicar o direito segundo suas convicções e respeitados os limites impostos pelo Ordenamento Jurídico. Entretanto, muitas vezes nos deparamos com decisões que podem ser consideradas, no mínimo, questionáveis, a partir do momento em que são proferidas ignorando os parâmetros legais mínimos sob o argumento da primazia as convicções magistras. Apenas para ficar num exemplo, segue parte do pronunciamento do ministro do STJ, Humberto Gomes de Barros, a respeito do papel da própria doutrina jurídica: “não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja”. (Trecho do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg em ERESP 279.889-AL).

permanente, para decidir situação específica que possa ocorrer no curso do processo.

A assembleia será convocada pelo juiz que presidir o respectivo processo. Este pode agir em razão de pedido dos credores, ou até mesmo a pedido do devedor, sendo a convocação através de demanda dos credores (tendo em vista que são eles os maiores interessados) a mais comum no ordenamento jurídico brasileiro. Vale ressaltar que a instauração da assembleia deve respeitar o quórum de, ao menos, vinte e cinco por cento do valor total de créditos integrantes de uma mesma classe, podendo, repita-se, ser instaurada em diferentes fases do processo de recuperação. As deliberações serão realizadas pela maioria dos votos dos que estiverem presentes, sendo cada voto de cada credor proporcional ao seu crédito.

Ainda quanto ao ponto, ressalte-se que, três diferentes caminhos poderão ser seguidos nessa fase do processamento da recuperação: o primeiro é a reprovação do plano pela assembleia, que acarreta a convocação do procedimento de recuperação judicial em falência, na forma do artigo 73 da LFRE. É sempre bom lembrar que este seria o pior dos resultados, exatamente por isso há casos em que a jurisprudência tem relativizado essa convocação, através do seguinte expediente: rejeitado pelos credores o plano de recuperação apresentado, o juízo, ao invés de convocar de plano a recuperação em falência, como seria feito se a lei fosse seguida na sua literalidade, oportuniza ao devedor recuperando a apresentação de um novo plano de recuperação, tentando mais uma vez suprir a vontade dos credores – mitigando o artigo 73 da LFRE em favor da manutenção da empresa.

O outro rumo que pode ser seguido pela assembleia é a propositura por parte dos credores que dela participam, de modificações no plano, sugerindo alterações. Nesse caso, se as alterações não forem substanciais, nem prejudicarem credores ausentes, poderão ser realizadas na própria assembleia; caso contrário, se as alterações sugeridas forem significativas /ou prejudiciais a credores ausentes, o plano irá retornar ao devedor, que o submeterá,

após alterações, a nova assembleia de credores, retomando o procedimento.

O terceiro caminho assemblear, que é o mais buscado, é a aprovação do plano. Aprovado o plano, é preciso que venham aos autos as certidões negativas de débitos do devedor, na forma do artigo 57 da LRE¹³, e, após isso, o juiz homologará o plano de recuperação. Homologado o plano, o devedor entrará em situação de recuperação judicial propriamente dita, por prazo de até dois anos desde tal decisão homologatória¹⁴.

Há duas sentenças, portanto: a homologatória, que ocorre quando da aprovação do plano (a qual desafia agravo, porque se trata de uma interlocutória); e, após dois anos desde então (ou menos, se o plano for cumprido em período menor), período de recuperação judicial, há a sentença de extinção do processo de recuperação judicial, sentença terminativa, que desafia apelação.

2.1. O custo da função social.

No processo recuperacional parece apropriado afirmar que é necessário que o juiz reflita sobre o sacrificio que será exigido dos credores em nome da preservação da empresa. É certo que tal análise não deve caber aos próprios credores sob pena de que eles sobreponham seus próprios interesses às outras questões presentes no artigo 47 da LRE que foram dotadas do mesmo valor.

¹³ “Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.”

¹⁴ É claro que se o plano previr fim das obrigações em período menor – um ano, por exemplo – esse será o prazo da recuperação, e não os dois anos legalmente previstos. Mas se o plano previr pagamento de obrigações por prazo maior – como ocorre na praxe, havendo casos em que planos aprovados prevêm pagamentos por até oitenta anos –, o estado de recuperação permanecerá por meros dois anos, mesmo havendo obrigações a serem cumpridas após tal prazo.

Embora se possa afirmar, em princípio, que a recuperação busca harmonizar os interesses entre o devedor e seus credores – tudo sob o manto da preservação da empresa e considerando as regras de equidade – fato é que haverá, em alguns casos, situações que supostamente irão justificar o peso da balança para o lado dos credores, impondo-lhes maior sacrifício.

O artigo 47 da LRE¹⁵ possibilita uma análise da função social considerando dois diferentes prismas: o primeiro é o macroeconômico, ligado à criação/manutenção dos postos de trabalho, à preservação do meio ambiente e aos interesses da coletividade. E o segundo é o aspecto microeconômico, que diz respeito à importância da própria sociedade empresária em seu ambiente local e ramo de atuação.

Apesar da identificação acima exposta, a LRE não previu critérios de distinção entre empresas de maior ou menor interesse social¹⁶. Entretanto, para promover a tão desejada função social, o magistrado precisará passar pela análise sobre a extensão dos interesses envolvidos. Nesse sentido, questões como: influência na economia, manutenção dos postos de trabalho, preservação do meio ambiente e estímulo à ao desenvolvimento, deverão ser respondidas.

Além disso, é sempre bom lembrar que o funcionamento adequado de um mercado pressupõe mecanismos eficientes de tutela da liberdade de contratar. Dessa forma, a delegação da discricionariedade conferida pelo legislativo aos tribunais “*deve considerar as vantagens da especialização e os custos de transação*”

¹⁵ Art. 47. 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 da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

¹⁶ A exceção do que se afirma, vale citar o artigo 2º da LRE que determina os tipos que não são por ela atingidos.

*decorrentes da maior ou menor especialização na formulação das normas*¹⁷.

2.2. Limites do Controle de legalidade.

A doutrina atual não é uníssona quanto ao papel do juiz diante da decisão da assembleia geral de credores na recuperação judicial.

André Luiz Santa Cruz Ramos afirma que “a LRE, em princípio condiciona a concessão de recuperação judicial ao consentimento dos credores, o que pode ocorrer se estes não apresentarem nenhuma objeção ao plano do devedor ou, se apresentada a objeção, o plano seja aprovado pela assembleia-geral, com ou sem alterações”¹⁸. O entendimento do autor segue no sentido de que as decisões da assembleia geral de credores, quando versarem sobre a matéria de competência privativa, são soberanas. Nesse sentido, só se deve admitir a intervenção do Poder Judiciário nas deliberações da assembleia geral em caso de controle de legalidade.

Segundo Erasmo Valladão¹⁹, o juiz exerce um controle de legalidade ou legitimidade das deliberações assembleares, não um controle de mérito. As deliberações da assembleia, nessa toada, sequer precisam ser motivadas, sendo tomadas considerando os critérios de conveniência e oportunidade – desde que, por óbvio – tenham sido observadas as formalidades legais e não haja, portanto, votos viciados decisivos para formação da maioria, fora essas hipóteses, o conteúdo

¹⁷ ARRUNÁDA, Benito; ANDONOVA, Veneta. Instituições de mercado e competência do judiciário. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia: Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2ª Reimpressão, 2005. p. 197.

¹⁸ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquemático*. 3 ed. São Paulo: Método, 2014. p. 737.

¹⁹ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Da Assembleia Geral de Credores. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 194.

das deliberações escapa ao controle judicial. Merece o destaque uma posição mais detida do autor sobre o tema:

A assembleia-geral de credores é, outrossim, um órgão hierarquicamente superior, que, em princípio, constitui dois outros órgãos: o comitê de credores, na recuperação e na falência, escolhendo e substituindo seus membros (art. 35, I, “b”), e o gestor judicial, na recuperação judicial (art. 35, I, “e” c/c art. 64). Mas a assembleia não tem preponderância hierárquica sobre o administrador judicial, que está subordinado exclusivamente ao juiz. Exatamente por isso, aliás foram vetadas a alínea “c” do inciso I e a alínea “a” do inciso II do art. 35, que atribuíam à assembleia de credores o poder de substituir o administrador judicial – poder que compete unicamente ao magistrado. Mas embora sem qualquer subordinação hierárquica, o próprio juiz estará adstrito a observar o resultado da deliberação assemblear, se tomada com observância das prescrições legais²⁰.

Para Waldo Fazzio Júnior²¹, os credores são verdadeiros árbitros da recuperação judicial, cabendo, ao magistrado apenas a tarefa de homologação das decisões tomadas no âmbito da assembleia geral de credores.

Sérgio Campinho²², afirma que apesar de a recuperação ser homologada judicialmente, sua índole é contratual, prevalecendo a autonomia privada da vontade das partes e vinculando a decisão do magistrado ao conteúdo do plano de recuperação. Assim a atuação do juiz ficará restrita à verificação das disposições legais aplicáveis ao plano.

Na ponderação dos interesses em jogo (credores x função social x estímulo à atividade) é necessária a reflexão sobre os riscos de uma concessão judicial de um pedido de recuperação desconsiderando

²⁰ FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. Malheiros, 2009. p. 9.

²¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: 2005. p. 98-99.

²² CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 11-12.

a rejeição do plano pela assembleia, ou até mesmo sinais protelatórios constantes do pedido, ou seja, a tentativa de impedir a falência de uma empresa de fato insolvente pode acarretar danos substanciais à sociedade, conforme bem expôs Fábio Ulhôa Coelho²³:

Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa, não pode ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, às más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem. Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores [nota contida no texto citado: Lynn Lo Puchi, apud Robert L. Jordan e William D. Warren, *Bankruptcy*, 3ª. ed., Westbury, New York: The Foundation Press, 1993, p. 657].

Não há uma receita genérica a ser aplicada pelo magistrado na fundamentação da sentença que concede a recuperação judicial. Contudo, para além da análise da viabilidade econômica, é necessário verificar quais foram as possíveis causas da insolvência, bem como sobre a aptidão de saneamento do plano apresentado.

3. O panorama doutrinário e jurisprudencial acerca do controle judicial sobre decisão assemblear concessiva de recuperação.

A Lei 11.101/05 dispõe sobre a recuperação judicial, extrajudicial e falência, ou seja, os mecanismos que auxiliam as empresas em crise econômica a lidar com seus créditos e débitos, de

²³ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas. In: NEGRÃO, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141.

forma a superar essa situação de insolvência. Cada mecanismo corresponde a um nível de gravidade da crise econômica, cabendo à falência a suspensão da atividade empresarial e a retirada do empresário da administração, correspondendo, dessa forma, à medida mais drástica; enquanto a recuperação judicial permite que o empresário continue na administração da empresa, admitindo-se que a crise é situação reversível e temporária.

A ideia da manutenção da atividade empresarial – em detrimento de um sistema que privilegia somente o interesse do credor com a imediata decretação da falência – vai ao encontro dos princípios constitucionais da função social da propriedade (art. 70, II CR) e incentivo à atividade econômica (art. 174 CR). Os sistemas concursais da França e da Itália partem do mesmo princípio. Destaca-se o sistema norte americano, base do modelo de negociação entre credores e a empresa em crise disposto no *Bankruptcy Code* de 1978, alocado no ordenamento brasileiro por meio da Lei 11.101/05.

Após o deferimento do pedido de recuperação judicial, no momento em que é convocada a Assembleia geral de credores, formada por diversas classes dos mesmos, é realizada a deliberação a respeito da homologação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor. Eventualmente, mais de uma assembleia será necessária para que se decida sobre a aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial. Quando aprovado o plano, a empresa estará, oficialmente, instada a cumprir o plano homologado durante o processo de recuperação.

3.1. O Judiciário e a homologação do plano.

Por um lado, a decisão sobre a homologação do plano de recuperação submete-se a hipóteses legais, notadamente de acordo com os artigos 45 e 58, §1º da Lei 11.101/05. Da leitura do disposto na Lei de Falências e Recuperação, mais precisamente no caput do seu

artigo 58²⁴, pode-se inferir que, uma vez aprovado o plano de recuperação pela assembleia geral de credores, e este juntado aos autos pelo administrador judicial, caberá ao juiz apenas a homologação do mesmo e a concessão da recuperação judicial, uma vez cumpridas as exigências legais.

Por outro lado, a homologação do plano de recuperação também se submete ao crivo judicial. O art. 58, §1º dispõe a respeito de um quórum de credores alternativo, caso não haja unanimidade quanto à aprovação do plano, mecanismo que segue a linha *do cram down*, cuja origem é estadunidense, que permite que o plano seja aprovado mesmo sem a unanimidade da aprovação pelos credores.

Nesse ponto, discute-se na doutrina e na jurisprudência a respeito da influência da decisão do juiz na homologação do plano. Muitos julgados têm sido analisados no sentido de que se estabeleçam as limitações do controle de legalidade realizado pelo juiz quando da homologação do plano de recuperação.

Ante a natureza contratual da recuperação judicial, mostra-se praticamente automático concluir que a decisão da assembleia de credores será soberana, não cabendo ao magistrado, portanto, se posicionar contrariamente à vontade dos credores, portando-se como um mero homologador da vontade dos credores, que decidiriam por

²⁴ 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. § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa: I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei. § 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

conceder ou não a recuperação judicial, conforme afirma Alberto Camiña Moreira²⁵.

Seguindo essa linha de pensamento, se os credores aprovaram o plano de recuperação judicial, não caberia ao juiz rejeitá-lo. Da mesma forma, se eles não aceitaram o plano, o juiz não poderia, a princípio, decidir pela aprovação do plano. Entretanto, quanto a este ponto, faz-se necessário reiterar que há previsão legal para o magistrado conceder a recuperação judicial mesmo em caso de plano não aprovado por decisão assemblear, conforme se extrai da leitura do parágrafo 1º do artigo 58, que traz para o direito brasileiro a figura do instituto americano do *cram down*²⁶.

O que se tem observado, ante ao estudo de julgados e produção de doutrinadores, é que não há opinião pacífica a respeito do tema, havendo quem reconheça e defenda a intervenção do juiz na concessão do plano de recuperação e quem defenda o poder decisório da assembleia geral, não cabendo revisão pelo Judiciário.

²⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Soberania da assembleia geral de credores*. Direito Comercial, 2014. Disponível em: <<http://direitocomercial.com/soberania-da-assembleia-geral-de-credores>>. Acesso em: 14 de outubro de 2014.

²⁶ Comparada com a LRF, a legislação norte-americana outorga maior flexibilidade ao juiz, estabelecendo parâmetros para que se analise sobre a concessão ou não do plano confrontando o interesse individual dos credores, o prejuízo ao seu crédito e o interesse social envolvido. A diferença principal reside no fato de que no Brasil adota-se um critério legalista para a concessão do *cram down*, prevendo requisitos específicos. Desta forma, dispõe o art. 58, §1º que o juiz aprovará a decisão assemblear desde que seja obtido, de forma cumulativa: i) a votação favorável de credores que representem mais da metade do valor total de créditos presentes no conclave, independentemente de classe; ii) a aprovação de duas das classes de credores nos moldes anteriormente destacados; e iii) voto favorável de mais de dois terços de credores, computados segundo os mesmos critérios já expostos. O fundamento do *cram down* assenta sobre o princípio da preservação da empresa, de forma que parte da doutrina entende que, se preenchidos os requisitos supra elencados do art. 58, §1º, o juiz deverá conceder a recuperação, ainda que a expressão empregada seja “poderá”. O referido princípio estabelece uma abertura na interpretação do dispositivo, buscando reduzir o poder de um ou poucos credores, de modo a promover o interesse da maioria. In: AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Na medida em que a recuperação judicial consiste na renegociação dos débitos do devedor para manter a atividade econômica, para alguns, a deliberação entre os credores compreende a autonomia do sujeito econômico privado para decidir sobre o plano de recuperação, o que permite considerar que a autonomia privada destes se sobrepõe à autonomia da vontade do juiz; para outros, faz-se mister que a deliberação a respeito do plano de recuperação passe pelo controle de legalidade realizado pelo magistrado, para impedir que os mesmos eventualmente violem a lei ou abusem de direito.

Segundo o REsp 1314209/SP, em decisão da Ministra Nancy Andrighi, as decisões dos credores, cuja natureza é de ato jurídico, são dotadas de soberania, decorrente da autonomia privada dos credores, porém, o controle de legalidade sujeitará essas decisões a um crivo judicial que avalie a validade dos atos jurídicos da assembleia, o que pode resultar na reprovação pelo magistrado de plano de recuperação homologado, eis que a invalidade dos atos pode prejudicar a validade do negócio jurídico.

Recurso especial. Recuperação judicial. Aprovação de plano pela assembleia de credores. Ingerência judicial. Impossibilidade. Controle de legalidade das disposições do plano. Possibilidade. Recurso improvido. **1. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial.** 2. Recurso especial conhecido e não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1314209/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, 22 mai. 2012. Data de Publicação: DJe 01 jun. 2012). (Grifos do autor).

Recuperação judicial. Insurgência em virtude da decisão que homologou o plano de recuperação judicial. Possibilidade de controle judicial da legalidade do plano de recuperação. Precedentes jurisprudenciais e doutrinários. Hipótese em que o plano apresenta vícios de legalidade. Inobservância dos parâmetros estabelecidos nos arts. 53, 59 e 61 da lei nº 11.101/2005. Destituição do administrador judicial. Necessidade do

contraditório e da ampla defesa. Recurso parcialmente provido para anular o plano de recuperação judicial e determinar a apresentação de novo plano, no prazo de 60 dias (art. 53, caput, lei nº 11.101/2005). Exame da legalidade dos atos praticados na assembleia em relação aos créditos e respectivas classes prejudicado. 1. A Assembleia geral de credores só é reputada soberana para a aprovação do plano se este não violar os princípios gerais de direitos, os princípios e regras da Constituição Federal e as regras de ordem pública da Lei nº 11.101/2005, hipótese em que estará sujeito ao controle judicial (Agravo de instrumento nº 984.390-7, 17ª C. Cível, Rel. Des. Mário Helton Jorge). 2. A Lei nº 11.101/2005 dispõe premissas básicas a serem cumpridas, de modo que o plano de recuperação judicial deverá conter as informações e documentos elencados no artigo 53, quais sejam: a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados e seu resumo; **a demonstração de sua viabilidade econômica; e o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.** 3. **A ausência específica dos valores líquidos de cada parcela, bem como as respectivas datas de pagamento, impedem o cumprimento do plano de recuperação e sua execução, ante a falta de liquidez e certeza do quantum a ser pago.** (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 10137443 PR 1013744-3. Relator: Des. Lauri Caetano da Silva. Décima Sétima Câmara Cível. Curitiba, 11 set. 2013). (Grifos do autor).

O recente julgado abaixo representa controle de legalidade que ultrapasse o limite da análise quanto à validade dos atos jurídicos na assembleia, com fulcro no Enunciado n. 45 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, tendo em vista a verificação, pelo magistrado, de abuso de direito, qual seja, o direito de voto, na decisão de homologação do plano de recuperação judicial.

Recuperação judicial. Aprovação do plano de recuperação apresentado, a despeito de ter sido rejeitado em Assembleia geral de credores. Homologação conforme teoria denominada "cram down". Controle

judicial de legalidade. Desconsideração dos votos dos credores em razão de abuso de direito. Enunciados n° 44 e 45 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (CJF). **Aplicação do princípio da preservação da empresa economicamente viável.** Credores pertencentes a uma única classe, a dos créditos quirografários.

Ausência de deságio. Aumento do faturamento da empresa desde a data do pedido de recuperação judicial. Abuso do exercício do direito de voto reconhecido. **Manutenção da decisão que homologou o plano de recuperação judicial.** Agravo de instrumento desprovido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n° 01008440720138260000. Relator: Des. José Reynaldo. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. São Paulo, 03 fev. 2014). (Grifos do autor).

Na jurisprudência encontrada nos Estados e no STJ, o que se vê, de início, é a tentativa de não se adentrar numa análise de espectro subjetivo, principalmente quando o que se resulta é o afastamento do voto dos credores; tenta-se fazê-lo por meio de critérios objetivos, a fim de não se imiscuir na seara de autonomia privada do credor. Um exemplo disso é a desconsideração de voto de credor cujo crédito não se sujeita ao plano de recuperação judicial, o que demonstra ser decisão judicial com claro respaldo na Lei 11.101/05 e de caráter objetivo, na medida em que é legalmente determinado que não há interesse processual do credor cujo crédito não se insere no plano de recuperação, pois seus efeitos não sujeitam tal crédito, o que o afasta de participar da decisão sobre a homologação.

Nesse sentido, há o seguinte julgado:

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Plano. Homologação. Nulidade. Crédito. Adiantamento de câmbio. Artigo 49, § 4º e 86, ii, da lei 11.101/05. Interesse. Ausência. Súmula n. 284-stf. Não provimento. 1. O art. 49, § 4º, da Lei n° 11.101/05, estabelece que o crédito advindo de adiantamento de contrato de câmbio não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial, ou seja, tem preferência sobre os demais, não sendo novado, nem sofrendo rateio. Para obter sua devolução, cabe, todavia, ao

credor efetuar o pedido de restituição, conforme previsto no art. 86, II, da mesma norma, ao qual faz referência o mencionado art. 49.2. **Não tem interesse, em princípio, a instituição financeira credora de contrato de adiantamento de câmbio em demandar pela nulidade da decisão que homologa o plano de recuperação judicial se a ele não se submete.** Incidência do enunciado n. 284, da Súmula do STF.3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº 1.197.871/SP. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Brasília, 11 dez. 2012). (Grifos do autor).

Conclui-se quanto ao ponto que, para que o plano seja homologado judicialmente, ainda que tenha sido aprovado na Assembleia geral de credores, ele deve atender aos requisitos da lei e, na ausência deles, o juízo poderá determinar as devidas correções, o que, de fato, não adentraria na autonomia econômica dos credores.

3.2. O Judiciário e a apreciação do plano.

Contudo, a questão não é tão simples. Também há, tanto na doutrina²⁷ como na jurisprudência que entenda que o escopo da decisão judicial é mais amplo, considerando o papel do juiz como garantidor dos princípios e objetivos orientadores da Lei 11.101/05. Em 2012, a Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça de São Paulo anulou a deliberação de assembleia geral de credores que aprovou plano de recuperação judicial tido como

²⁷ Para Jorge Lobo o juízo da ação de recuperação judicial deve exercer obrigatoriamente o controle de legalidade formal e material da decisão proferida em deliberação da assembleia geral de credores. Ao exercer o controle de legalidade formal o juiz examinará, por exemplo, a legitimidade ativa, o preenchimento dos requisitos preconizados no artigo 48 da LRE, o atendimento das exigências sobre convocação, instalação e deliberação da assembleia (artigos 36 e 45) dentre outros elementos. Em relação ao controle de legalidade material, caberá a análise de possíveis fraudes e/ou abuso de direito, quer seja por parte do devedor, quer dos credores. In: LOBO, Jorge. et al. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Saraiva. 3ª ed. São Paulo: 2009. p. 17; 177.

prejudicial aos direitos e interesses dos credores, conforme ementa a seguir:

Agravo. 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 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. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0136362-29.2011.8.26.0000. Relator: Des. Pereira Calças. Câmara Reservada à Falência e Recuperação. São Paulo, 28 fev. 2012). (Grifos do autor).

Os fundamentos que levaram os nobres julgadores à anulação do plano foi o entendimento que ele afrontava os princípios

constitucionais de isonomia, legalidade, propriedade, proporcionalidade e razoabilidade. A decisão relatada pelo Desembargador Manoel Pereira Calças firmou precedente ao relativizar a soberania das decisões da assembleia geral, cabendo ao juiz não apenas o controle formal da assembleia e do plano de recuperação, mas também o controle de legalidade material, ou seja, tendo que verificar também se houve descumprimento de princípios legais e constitucionais.

Com isso, abriu-se um forte precedente, passando-se a aceitar a possibilidade do juiz revisar o mérito do plano decidido na assembleia, contrariando o que a jurisprudência, desde a entrada em vigor da Lei de Falências, preconizava, de a homologação judicial do plano de recuperação só poder ser recusada em caso de vícios formais, tais como a convocação, instalação e quórum de aprovação²⁸.

Nessa decisão, o Tribunal de Justiça de São Paulo levou em consideração não apenas formalidades, mas condicionou a aprovação do plano de recuperação judicial às seguintes diretrizes: (a) a elaboração do plano de recuperação judicial deve prezar pelo alinhamento dos interesses dos credores de diversos grupos, não se admitindo antagonizá-los para forçar sua aprovação, especialmente se isso implicar em sacrifícios desiguais de uma minoria, da mesma classe (princípio do *pars conditio creditorum*) ou não; (b) não podem ser estabelecidas regras de pagamento incertas ou discricionárias, principalmente quando há possibilidade de remissão de saldo ao final – tal situação impossibilitaria aos credores a análise precisa dos riscos de não pagamento (segurança jurídica); (c) o critério de correção monetária adotado deve ser isonômico entre os credores; (d) o juiz tem discricionariedade para avaliar se a empresa é minimamente viável e eventualmente desconsiderar o plano aprovado; e (e) em

²⁸ RIBEIRO, Angelo Caldeira; YAMAKI, Lina Sayuri. *Pode a Justiça anular plano de recuperação judicial aprovado pelos credores?* Levy & Salomão Advogados, 2012. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/pode-a-justica-anular-plano-de-recuperacao-judicial-aprovado-pelos-credores>>. Acesso em: 02 de nov. de 2014.

qualquer dos casos, devolve-se para a assembleia novo prazo para reelaboração do documento²⁹.

Esse julgado mostrou-se de extrema importância para o debate do tema, tornando-se paradigmático. Contudo, analisando outros julgados dos Tribunais de Justiça e, inclusive, do próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, pode-se dizer que o entendimento acerca do tema oscilou bastante entre os julgadores. Senão vejamos:

Agravo de instrumento recuperação judicial. Prejudicial de supressão de instância e ofensa ao duplo grau de jurisdição. Não acolhimento plano recuperação judicial aprovado pela assembleia geral de credores. Infringência a dispositivos legais e constitucionais. Ingerência judicial possibilidade controle de legalidade recurso provido - Prejudicial de supressão de instância e ofensa ao duplo grau de jurisdição arguida em sessão de julgamento ao argumento de que a matéria não teria sido submetida ao juízo a quo. Não acolhimento, em face do efeito regressivo presente no recurso de agravo de instrumento, que enseja o conhecimento do pleito recursal pelo prolator da decisão, abrindo possibilidade, inclusive, do mesmo se retratar;- **Agravo de Instrumento manejado em face de decisão que homologou plano de recuperação judicial aprovado em assembléia geral de credores;- Plano de recuperação que representa verdadeiro perdão da dívida, já que aplicado deságio de 90% sobre o valor nominal dos créditos, com pagamento do saldo remanescente (10%) em 120 parcelas mensais, iguais e consecutivas, após carência de 36 meses, sem incidência de qualquer encargo, a partir do mês subsequente ao da homologação do plano, com previsão inicial de pagamento para o mês de março/2015, contemplando ainda tratamento desigual para credores da mesma classe pelo percentual de deságio adotado;- Violação a princípios constitucionais, a exemplo do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia, além afronta ao art. 61 da lei 11.101/05 e ao princípio da igualdade dos credores;- Necessidade de revisão dos posicionamentos do Poder Judiciários no sentido da soberania absoluta das Assembléias Gerais de**

²⁹ RIBEIRO, Angelo Caldeira; YAMAKI, Lina Sayuri. Op. cit.

Credores, devendo para tanto assumir seu papel precípua de guardião dos princípios consagrados na Carta Política de 1988, atuando de maneira mais rigorosa e diligente, para que não continuem a ser homologados planos de recuperações judiciais em flagrante descompasso com o ordenamento jurídico vigente;- Recurso provido, a unanimidade de votos. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Agravo de Instrumento n° 447947520118170001. Relator: Des. Bartolomeu Bueno. Terceira Câmara Cível. Recife, 19 jul. 2012). (Grifos do autor).

VOTO N° 10220 RECUPERAÇÃO JUDICIAL. **Rejeição do plano de recuperação judicial pela assembléia-geral de credores.** Credores apenas da classe III (quirografários). Banco Itaú titular de mais de 50% do valor total dos créditos, que votou contra a aprovação do plano. Inaplicabilidade do instituto do cram down (art. 58, § 1º, da LFR). Decretação da falência. Inteligência do art. 56, § 4º, c.c. art. 73, inc. III, da Lei 11.101/05. Soberania das deliberações da assembleia geral de credores. Ausência de ilegalidade. Regularidade da modificação do valor do crédito do Banco Itaú. Decisão agravada mantida, com fundamento no art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal. Recurso não provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n° 00300392920138260000. Relator: Des. Tasso Duarte de Melo. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. São Paulo, 30 set. 2013). (Grifos do autor).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL CONCEDIDA - **Insurgência de credor contra o plano de recuperação judicial - Decisão da assembleia geral de credores que é soberana, mas não absoluta, cabendo ao juiz observar sua legalidade, constitucionalidade e também o cumprimento do que ficou deliberado** - Hipótese em que a insurgência do agravante relativamente à forma de pagamento dos credores, é matéria dirimida e aprovada pela assembleia geral de credores, não competindo ao juízo alterá-la, por não se tratar de questão violadora de norma de ordem pública ou que exija o controle judicial - Inexistência de violação ao princípio da igualdade entre os credores - Concessão de privilégios a alguns credores da recuperanda dá efetividade à garantia constitucional da igualdade substancial e faz valer os

princípios da função social e da preservação da empresa - Precedentes - Suspensão de ações e execuções em face dos coobrigados (avalistas e garantidores) da recuperanda que não se faz possível - Aplicação do disposto no art. 49, § 1º, da Lei nº 11.101/2005 - Precedentes desta Corte - Decisão modificada - Recurso parcialmente provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 20722986820148260000. Relator: Des. Ramon Mateo Júnior. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. São Paulo, 08 out. 2014). (Grifos do autor).

Recuperação Judicial. **Concessão. Soberania da decisão assemblear que não é absoluta, competindo ao juiz observar mais do que apenas a sua legalidade e constitucionalidade, a ética, a boa-fé, o respeito aos credores e a manifesta intenção de cumprir a meta de recuperação.** Deságio de 50%, pagamento em parcelas fixas e variáveis, juros remuneratórios abaixo do índice oficial que se insere na soberania da assembleia e na sua natureza de novação que assentiram os credores. Plano de Recuperação Judicial com presumida adequação e aparente intenção de permitir a recuperação sem deixar de estabelecer forma e prazo para pagamento dos credores. Recurso improvido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 21112909820148260000. Relator: Des. Maia da Cunha. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. São Paulo, 11 set. 2014). (Grifos do autor).

No âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, entretanto, as decisões não se mostram tão díspares. Analisando a jurisprudência recente, observa-se como denominador comum a restrição ao controle de legalidade feito pelo juiz dos atos praticados pela assembleia geral de credores, reiterando o entendimento que primeiramente se firmou nesse sentido, de que caberia ao julgador analisar apenas o preenchimento dos requisitos legais e formais. Senão vejamos as decisões proferidas pela Terceira Turma:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E FALIMENTAR.
RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL.
PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS
211/STJ E 282/STF. FUNDAMENTOS DO

ACÓRDÃO NÃO IMPUGNADOS. SÚMULA 283/STF. ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. PLANO DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL. CONDIÇÕES PRÉVIAS. EXIGÊNCIAS LEGAIS. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. APROVAÇÃO DO PLANO. REQUISITOS. REJEIÇÃO DA PROPOSTA. CRÉDORES DE MESMA CLASSE. TRATAMENTO DIFERENCIADO. IMPOSSIBILIDADE.

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGOS ANALISADOS: 35, 45 E 58 DA LFRE. 1. Recurso especial, concluso ao Gabinete em 17/7/2013, no qual se discute a **possibilidade e os limites do controle jurisdicional sobre os atos praticados pela assembleia geral de credores no procedimento de recuperação judicial**. Ação ajuizada em 27/1/2009. 2. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados e quanto aos argumentos deduzidos nas razões recursais obsta o exame da insurgência. 3. A existência de fundamentos não impugnados do acórdão recorrido - quando suficientes para a manutenção de suas conclusões - impede a apreciação do recurso especial. 4. Submete-se a controle jurisdicional a análise do preenchimento das condições prévias à concessão da recuperação judicial e das exigências legais relativas à elaboração e à aprovação do plano.

Inteligência do art. 58, caput, da Lei n. 11.101/2005. 5. A proposta de recuperação apresentada pelo devedor - por disposição expressa constante dos arts. 45, § 1º, e 58, caput, da Lei n. 11.101/2005 - deve ser aprovada, na classe dos credores com garantia real, pela maioria simples daqueles que comparecerem à assembleia. **Não sendo aprovado o plano na forma estipulada nos precitados artigos, a Lei n. 11.101/2005, em seu art. 58, § 1º, prevê a possibilidade de a recuperação ser concedida mediante a verificação de um quórum alternativo. A viabilização dessa hipótese, todavia, exige que o plano não implique concessão de tratamento diferenciado aos credores - integrantes de uma mesma classe - que tenham rejeitado a proposta** (art. 58, § 2º, da LFRE).

6. A alteração das premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido não é possível na presente via recursal. Incidência da Súmula 7/STJ. 7. A insurgência é inadmissível quando o acórdão recorrido decide

também com base em fundamento constitucional e a parte vencida não interpõe recurso extraordinário. Súmula 126/STJ. 8. Negado provimento ao recurso especial. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1388051/GO. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, 10 set. 2013. Data de Publicação: DJe 23 set. 2013). (Grifos do autor).

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO DE PLANO PELA ASSEMBLEIA DE CREDORES. INGERÊNCIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. **1.A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial.** 2. Recurso especial conhecido e não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1314209/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, 22 mai. 2012. Data de Publicação: DJe 01 jun. 2012). (Grifos do autor).

Recentemente, a 4ª Turma do STJ, em julgamento de Recurso Especial de relatoria do ministro Luís Felipe Salomão (REsp nº 1.359.311 – SP), sustentou a possibilidade de controle de legalidade do plano de recuperação judicial, principalmente a fim de obstaculizar a fraude e o abuso de direito, entretanto, não caberia ao magistrado discutir a viabilidade econômica do plano ou da empresa, uma vez que não possui capacidade técnica para tanto e que tal questão é de apreciação exclusiva da assembleia de credores. É isso que se infere da leitura da ementa do referido julgado:

DIREITO EMPRESARIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO EM ASSEMBLEIA. CONTROLE DE LEGALIDADE. VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido

aprovado em assembleia (art. 58, caput, da Lei 11.101/2005), **não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear.** 2. O magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito -, mas não controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, Enunciados n. 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJF/STJ. 3. Recurso especial não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.319.311/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília, 09 set. 2014).

Conforme consta no ementário, tal decisão também se baseou nos Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Comercial que versam sobre o tema, quais sejam nº 44 e 46, os quais trazem a seguinte redação:

Enunciado 44: “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle de legalidade”.

Enunciado 46: “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”.

No caso analisado pela Corte o Tribunal paulista rejeitara agravo de instrumento de empresa credora que se insurgia contra o plano de recuperação, sob o argumento de inviabilidade do plano e de que o instituto da recuperação judicial só deve proteger as empresas economicamente viáveis. Assim, houve a manutenção da sentença que homologou o plano de recuperação judicial, depois de aprovado pela assembleia geral de credores, sem fazer qualquer análise a respeito do sistema proposto pela devedora para pagamento de suas dívidas.

No voto do ilustre ministro relator, foi destacado que, desde a edição da Lei nº 11.101/05, a recuperação judicial tem como propósito o princípio da preservação da empresa e não do empresário, sendo o objetivo máximo sempre a manutenção da empresa e,

consequentemente, os empregos dos trabalhadores e também dos interesses dos credores, uma vez que a falência, via de regra, não é benéfica para ninguém. Além disso, a recuperação judicial “desenvolve-se essencialmente por uma nova relação negocial estabelecida entre o devedor e os credores reunidos em assembleia”, sob o princípio da liberdade contratual³⁰. Por essa razão, segundo Salomão, “há previsão legal para o magistrado conceder, manu militari, a recuperação judicial contra decisão assemblear – *cram down* (art. 58, § 1º) –, mas não o inverso, porquanto isso geraria exatamente o fechamento da empresa, com a decretação da falência (art. 56, § 4º), solução que se posiciona exatamente na contramão do propósito declarado da lei” 5.

Ademais, o ministro também fundamenta sua decisão nos ensinamentos do professor Fábio Ulhôa Coelho, o qual afirma que:

O procedimento da recuperação judicial, no direito brasileiro, visa criar um ambiente favorável à negociação entre o devedor em crise e seus credores. O ato do procedimento judicial em que privilegiadamente se objetiva a ambientação favorável ao acordo é, sem dúvida, assembleia de credores. Por essa razão, a deliberação assemblear não pode ser alterada ou questionada pelo Judiciário, a não ser em caso excepcionais com a hipóteses do art. 58, §1º, ou a demonstração de abuso de direito de credores em condições formais de rejeitar, sem fundamentos, o plano articulado pelo devedor.³¹

Além de lhe faltar capacidade técnica para tanto, não cabe ao juiz discorrer sobre a viabilidade econômica de planos de recuperação judicial, principalmente dos aprovados pelos credores em assembleia,

³⁰ MORAES, Leonardo de T. *Plano de recuperação judicial aprovado em assembleia de credores não pode ser negado*. Migalhas, 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI208496,41046-Plano+de+recuperacao+judicial+aprovado+em+assembleia+de+credores+nao>>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresa*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 246-247.

uma vez que as expectativas de ascensão econômica e as deliberações acerca das questões contratuais que foram feitas entre os credores e devedor não são questões propriamente jurídicas, muito embora a Lei nº 11.101/05 também se apoie na viabilidade econômica da empresa, exigindo demonstrativo do plano nesse sentido, em seu artigo 53, inciso II. Ou seja, ao juiz cabe observar os requisitos do plano, e não discutir sua viabilidade.

Para Daniel J. P. de C. Salles³², as deliberações da assembleia “possuem o caráter de manifestação da vontade similar a uma relação contratual entre devedor e seus credores”. Ele afirma que compete ao controle de legalidade o exame das manifestações de vontade expressas na assembleia, como atos jurídicos que podem ter sua validade questionada, mas jamais a interferência no conteúdo volitivo das deliberações, pois isso significa a violação da autonomia privada de que são dotados os credores nesse importante processo de decisão, de forma a manter o equilíbrio jurídico-econômico na homologação do plano de recuperação judicial.

O autor permanece contra a postura ativa do magistrado no que diz respeito à deliberação do plano de recuperação. Ele afirma que, conforme pode ser confirmado nos julgados já analisados, a tendência do próprio Poder Judiciário é restringir sua atuação no controle de legalidade dos atos jurídicos praticados pelos credores durante o processo de deliberação, atendendo ao que restritivamente determina a legislação concernente às oportunidades de intervenção judicial. Do contrário, seria inútil a reunião e o debate dos credores que estariam sujeitos ao crivo judiciário a partir de qualquer critério, subjetivo ou objetivo.

Ademais, deve-se levar em consideração que, no momento da deliberação sobre a homologação do plano de recuperação judicial, são debatidas questões econômicas específicas que dizem respeito à

³² SALLES, Daniel J. P. de C. R. de Dir. Empresarial – RDEmp. *O controle judicial sobre a homologação do plano de recuperação judicial*. Belo Horizonte, ano 11, nº 1, p. 219-238, jan./abr., 2014.

empresa, ao funcionamento e à dinâmica do mercado econômico, negociação, entre outras, aspectos cujo melhor entendimento, via de regra, pertence ao devedor e aos credores, que são os agentes que possuem interesse exclusivo nessas questões e na manutenção da atividade econômica, lembrando que a continuidade da empresa é figurada como princípio da matéria em questão. É inegável, inclusive, a escassez de câmaras especializadas em matéria de recuperação judicial, que poderiam ser dotadas de profissionais cujo conhecimento abrangesse amplamente os entendimentos necessários para se lidar com uma crise econômico-financeira empresarial.

A autonomia concedida para a Assembleia geral de credores pela Lei 11.101/05 aos credores, na opinião de Daniel Salles, fundamenta-se na autonomia privada, que permite que a deliberação seja caracterizada pela negociação e barganha, aspectos que são fundamentais para que se atinjam os objetivos da recuperação judicial. O juiz, ao decidir, não participa de ato jurídico coletivo, como é caracterizada a assembleia; nas palavras do autor, “a lógica da decisão judicial decorre do Poder do Estado, e não do poder de barganha”.

Considerações Finais.

Observa-se que o controle de legalidade, sob os parâmetros da Lei 11.101/05, será exercido sobre o cumprimento de requisitos legais e objetivos, como a validade do ato jurídico na deliberação, concentrando-se em aspectos jurídico-formais, e não sobre aspectos volitivos do plano de recuperação judicial, pois os mesmos representam a manifestação da autonomia privada que, na seara dos debates econômico-financeiros, não pode ser violada.

Dessa forma, a recuperação da empresa estará em jogo mediante negociação e barganha entre o devedor e seus credores, mas não por meio de decisão estatal, que, porventura, se baseada em critérios subjetivos, viria a obstar a eficácia da referida lei.

No entanto, o que vem se percebendo na análise jurisprudencial é que tal critério objetivo nem sempre se mostra suficiente para atender ao escopo da lei, bem como proteger os interesses tanto dos credores, como do devedor e até mesmo da sociedade, atendendo aos princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico como um todo e os princípios infraconstitucionais, orientadores da própria LRE. Isso porque o plano de recuperação, contudo, não pode ser meio de procrastinar o pagamento do acordado entre os credores e a empresa. As alterações no plano são permitidas, mas para viabilizar a recuperação da empresa e a satisfação dos credores sem que seja necessária a liquidação dos bens. Entretanto, é indispensável a observação da situação da empresa para que a recuperação não resulte no agravamento da situação daqueles que negociam com empresas com dificuldades insanáveis.

É o que defende o Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças no voto proferido no Agravo de Instrumento nº 0114685-06.2012.8.26.0000:

No entanto, o princípio da preservação da empresa, que tem fundamento constitucional no princípio da função social da propriedade e dos meios de produção, e é a pedra angular da Lei nº 11.101/2005, não implica a concessão de forma ampla e ilimitada do instituto da recuperação de empresa, pois dele decorrem outros postulados, como o de que a recuperação das sociedades empresárias só deve ser concedida para aquelas que se mostrarem recuperáveis, impondo-se, nesta linha, que o Estado deve retirar do mercado as empresas que evidenciarem não ter condições de lograr a recuperação. Assim, observa-se que a assembleia geral de credores não pode atuar à revelia das determinações do judiciário, que guarda o cumprimento das leis que regem a recuperação, bem como os princípios constitucionais. A assembleia tem autonomia, mas não pode se sobrepor às regras da Constituição. Na linha de tal ensinança, **só se pode afirmar que a Assembleia geral de credores é soberana quando ela obedece a Constituição da República – seus princípios e regras - e as leis constitucionais, notadamente as de ordem pública. Se a Assembleia geral de credores aprova pelo quórum estabelecido na Lei nº 11.101/2005 um**

plano que viole princípios ou regras, compete ao Poder Judiciário (que, como já afirmei, não é mero chancelador de deliberações assembleares – tanto que tem o poder-dever de não aplicar regras inconstitucionais) o dever de recusar a homologação ao plano viciado (grifou-se).

O dilema que se coloca a partir disso considera os aspectos positivos e os negativos de uma maior atuação do Poder Judiciário sobre a aprovação do plano de recuperação judicial, ultrapassando o escopo e os limites legais. A interferência do juiz, na qualidade de terceiro imparcial, na aprovação do plano, pode significar um melhor tratamento à matéria no que diz respeito ao respeito aos princípios e valores orientadores do ordenamento jurídico brasileiro, ao mesmo tempo em que considera as reais possibilidades de recuperação da empresa, sem a influência de quaisquer particularismos que caracterizem uma relação entre credor e devedor.

Dessa forma, o juiz, como agente do Estado, seria capaz de averiguar se há respeito à isonomia entre os credores e se o plano efetivamente consubstancia o princípio da preservação da empresa, a par de qualquer relação contratual considerada individualmente. Seria uma forma de impedir que planos com caráter fraudulento ou efetivamente mal feitos pudessem ser aprovados pelo simples desejo dos envolvidos, assim como auxiliar que planos com grande probabilidade de efetividade pudessem ser rejeitados porque não significam o atendimento imediato e mais favorável a determinados credores em comparação com o procedimento falimentar.

Por outro lado, a intervenção de um terceiro que não conhece a dinâmica da empresa e que definitivamente não é especializado na área pode se configurar como indesejada, até mesmo atentatória do princípio da autonomia da vontade que rege as relações de direito privado. Ademais, critérios subjetivos causam problemas em todas as áreas do direito, uma vez que submetem a questão a discricionariedade do juiz, que avalia de acordo com suas regras de experiência, na intenção de aplicar princípios e conceitos jurídicos indeterminados.

E uma análise sob esse aspecto seria de difícil controle – tanto por parte dos interessados, credores e devedor, como das instâncias superiores do poder judiciário – fazendo com que a possibilidade de

recuperação de uma empresa fique à mercê de uma opinião, o que não gera a segurança jurídica necessária para a condução de um procedimento complexo como esse.

Conforme demonstrado no presente trabalho, há controvérsias acerca da soberania da decisão assemblear de concessão da recuperação judicial. Resultando, assim, em uma postura casuística do Judiciário, o que, em princípio, não parece ser o mais adequado dos caminhos por promover certo grau de insegurança jurídica cedendo mais espaço para decisões conflitantes.