

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL: DO CONTROLE JUDICIAL DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES AO ABUSO DE DIREITO DE VOTO - UMA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL - James Byron Weschenfelder Bordignon**

O Juiz de Direito de Comarca de Entrância Inicial, **Dr. James Byron Weschenfelder Bordignon**, escreveu sobre a recuperação judicial.

Confira-se, então, o texto intitulado "**RECUPERAÇÃO JUDICIAL: DO CONTROLE JUDICIAL DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES AO ABUSO DE DIREITO DE VOTO - UMA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL**", de autoria do citado Magistrado:

Tema dos mais interessantes em recuperação judicial é o estabelecimento dos limites ao controle do Poder Judiciário sobre o plano de recuperação e assembleia geral de credores, bem como o abuso do direito ao voto. Duas questões interligadas e em constante evolução jurisprudencial, ainda em construção.

Este artigo, primeiro de uma série de dois, discutirá inicialmente os limites do controle judicial sobre o plano de recuperação judicial, abordando a jurisprudência do STJ e do TJPR, postergando para um segundo a evolução jurisprudencial do abuso do direito de voto em assembleia geral.

Como se sabe, o procedimento da recuperação judicial, no direito brasileiro, tem como objetivo criar um ambiente favorável à negociação entre o devedor em crise e seus credores<sup>1</sup>.

A Lei nº 11.101/05<sup>2</sup> trouxe novos paradigmas para recuperação de empresas e se distanciou substancialmente da legislação falencial anterior. Trata-se de nova hermenêutica, que leva em consideração o princípio da preservação da empresa, agora positivado, visando, desde que possível e lícito, à manutenção das fontes de produção, os empregos dos trabalhadores, os interesses dos credores particulares e do fisco, em harmonia com o que dispõem os arts. 170, II, e 174, *caput*, da Constituição Federal (função social da propriedade e visão do Estado como agente regulador e normativo, exercendo incentivo da atividade econômica).

A ação de recuperação judicial inicia-se por decisão judicial complexa que defere seu processamento, desde que em termos a documentação prevista no art. 51 da LRE, além de iniciar o denominado "período de stay", nomear administrador judicial e determinar a expedição de edital para publicação com a relação nominal de credores, com advertência tanto acerca dos prazos para habilitação dos créditos quanto sobre a manifestação, pelos credores, de objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, no prazo do art. 52 da mesma Lei.

Apresentado e recebido o plano de recuperação judicial, é expedido novo edital, para publicação da relação de credores elaborada pelo administrador judicial, cientificando-os do prazo para manifestação de eventuais objeções (art. 53, parágrafo único, da LRE) - prazo este de 30 (trinta) dias, variando o termo inicial conforme as duas hipóteses do art. 55 e parágrafo único, da mesma Lei.

Quando o plano de reestruturação não for impugnado por qualquer credor (hipótese de aprovação tácita), é dispensada a assembleia geral de credores como instrumento deliberativo para a sua homologação pelo Juízo (art. 58 da LRE).

Caso seja impugnado por qualquer credor, será convocada assembleia geral de credores, órgão máximo de deliberação no processo recuperacional, ao qual compete a aprovação, rejeição ou modificação do plano. A assembleia geral de credores detém competência exclusiva para apreciação das objeções ao plano de recuperação judicial, que por ela será aprovado, rejeitado ou modificado (arts. 35, I, "a", e 56, *caput*, da LRE), sem descuidar, neste ambiente negocial, da possibilidade de apresentação de planos alternativos.

A aprovação do plano de recuperação judicial, seja tácita, seja via assembleia ou, ainda, pela via judicial (*cram down*), estabelece uma nova relação negocial entre o devedor e seus credores.

Nesse sentido, o art. 59 da LRE prevê que o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido<sup>3</sup> e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, bem como a decisão judicial que a conceder constituirá título executivo judicial, nos termos do Código de Processo Civil.

Segundo o art. 58 da LRE, "*cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei*".

Não havendo objeção ao plano (aprovação tácita), ou sendo este aprovado em assembleia geral, com o cumprimento dos requisitos do art. 45 da Lei nº 11.101/05, a jurisprudência firmou-se no sentido de que não caberia mais ao Juízo se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da atividade empresarial (conteúdo do plano), uma vez que os credores são os maiores interessados na crise do devedor e nos rumos do pedido de recuperação judicial, cabendo, entretanto, o controle de legalidade do ato jurídico - no que se insere, além dos requisitos gerais, o repúdio à fraude e ao abuso de direito.

Assim, de fundamental importância o controle judicial sobre o plano aprovado tacitamente ou em assembleia geral, uma vez que estabelece coercitivamente nova relação negocial, questão esta que encontrou gradativa evolução jurisprudencial.

No ano de 2012, a questão do controle foi objeto dos enunciados 44 e 46 da 1ª Jornada Brasileira de Direito Comercial CJP/STJ, ocorrida em outubro, sob a coordenação-geral do Ministro Ruy Rosado:

ENUNCIADO 44: A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial 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.

Um pouco antes da aludida Jornada, havia sido publicado o RESP 1.314.209/SP, ilustrando a corrente de pensamento do E. Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema:

"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" (REsp 1.314.209/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 01/06/2012).

A seguir, em 2014, os dois enunciados passaram a fazer parte de ementa jurisprudencial. Destaco o sempre citado RESP 1.359.311/SP:

"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 n. 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 o 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" (REsp 1.359.311/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em

09/09/2014, DJe 30/09/2014 - grifei).

Em 2017, nota-se que a questão evoluiu, adquirindo *status* de consolidação jurisprudencial no E. STJ, como se vê do RESP 1.660.195/SP:

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTROLE DO MAGISTRADO SOBRE O PLANO DE SOERGUMENTO. APROVAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. VIABILIDADE ECONÔMICA. SOBERANIA DA AGC. LEGALIDADE. VERIFICAÇÃO PELO JUDICIÁRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. (...)  
2. A jurisprudência das duas Turmas de Direito Privado do STJ sedimentou que o juiz está autorizado a realizar o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, sem adentrar no aspecto da sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da assembleia geral de credores. 3. O reexame de fatos e provas e a interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial são inadmissíveis. 4. Recurso especial não provido" (REsp 1660195/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017 - grifei).

Dessa forma, encontra-se consolidado que o plano de recuperação aprovado sofre controle de legalidade, abrangendo, além da análise dos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, previstos no Código Civil, o repúdio à fraude e ao abuso de direito, mas sem adentrar no aspecto da sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da assembleia geral de credores.

Sobre não poder o Judiciário se imiscuir na viabilidade econômica do plano, deve ser citado o RESP 1.359.311/SP, do E. STJ. Nele, o Ministro



Relator Min. LUIS FELIPE SALOMÃO bem abordou o tema, assim sintetizando no corpo do acórdão:

*"Deveras, o magistrado não é a pessoa mais indicada para aferir a viabilidade econômica de planos de recuperação judicial, sobretudo daqueles que já passaram pelo crivo positivo dos credores em assembleia, haja vista que as projeções de sucesso da empreitada e os diversos graus de tolerância obrigacional recíproca estabelecida entre credores e devedor não são questões propriamente jurídicas, devendo, pois, acomodar-se na seara negocial da recuperação judicial."*

Este entendimento também é seguido pelo Tribunal de Justiça do Paraná.

Cito aqui o Agravo de Instrumento nº 1.483.802-9, publicado em 28 de janeiro de 2016, de relatoria do Des. Fernando Paulino da Silva Wolff Filho, de cuja ementa destaco trecho:

*"(...) IRRESIGNAÇÃO DA AGRAVANTE EM FACE DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL HOMOLOGADO. INCONFORMISMO QUANTO AO MÉRITO DO PLANO. CONTROLE JUDICIAL DOS ASPECTOS ECONÔMICOS DE PLANO DE RECUPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO TOMADA EM ASSEMBLEIA DE CREDITORES QUE DEVE PREVALECER. JUIZ QUE NÃO DETÉM CONHECIMENTO TÉCNICO SUFICIENTE E QUE NÃO SE ENCONTRA EM POSIÇÃO DE AVALIAR OS INTERESSES PARTICULARES DE CADA CREDOR, FICANDO A SEU CARGO TÃO SOMENTE O CONTROLE DA LEGALIDADE DA VOTAÇÃO E EXECUÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO".*

Constando do corpo do mesmo acórdão, para que melhor se compreenda a ementa:

*"A decisão de qual é a melhor estratégia econômico administrativa para a situação da empresa recuperanda não pode ser avaliada pelo*

*Juiz, uma vez que não detém conhecimento técnico para tanto e nem se encontra em posição de dizer quais seriam os interesses individuais de cada credor. De tal sorte, questões relativas ao mérito do plano de recuperação - tal como prazo ou forma de pagamento - devem ser avaliadas e discutidas pelos próprios credores e, então, votadas em assembleia nos termos da Lei nº 11.101/2005."*

Ao final da sua decisão, citou o Relator, como embasamento, o conhecido REsp 1.359.311/SP do STJ.

Isso bem colocado, há que se avançar agora para a hipótese de concessão judicial do plano de recuperação, prevista no art. 58, §§1º e 2º, da Lei nº 11.101/05, o denominado *cram down*.

Forte nos princípios da preservação da empresa e das fontes de produção e trabalho, trata-se de hipótese de concessão de recuperação judicial, por força de decisão judicial, com base em plano que não obteve aprovação, seja tácita ou via assembleia geral, na forma do art. 45 da Lei nº 11.101/05:

*"Permitiu a norma (Lei nº 11.101/2005), de forma específica, que o magistrado conceda, manu militari, a recuperação judicial contra decisão assemblear. É o denominado *cram down* do § 1º do artigo 58. Realmente, com o intuito de evitar o "abuso da minoria" ou de "posições individualistas" sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise empresarial, é que a lei, sofrendo os influxos do sistema norte-americano, previu um mecanismo que autorizou ao juízo a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra a deliberação assemblear" (STJ - REsp 1.337.989/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe*



04/06/2018 - destaque do corpo do acórdão).

No caso da concessão via *cram down* também cabe o controle judicial do plano, nos mesmos moldes já mencionados. Além do controle jurisdicional referente ao preenchimento cumulativo dos requisitos do art. 58, §§ 1º e 2º, cabe o controle de legalidade, abrangendo os requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, bem como o repúdio à fraude e ao abuso de direito, novamente sem adentrar no aspecto da viabilidade econômica do plano.

O E. TJPR já abordou a questão. No Agravo de Instrumento nº 1.293.930-7, publicado em 29/06/2016, de relatoria do Des. Espedito Reis do Amaral, a Corte entendeu nula a decisão de homologação do plano via *cram down* sem a sua análise fundamentada sob o ponto de vista da legalidade.

Constou do corpo do v. acórdão:

*"É claro que não se está a afirmar a existência de ilegalidades no Plano de Recuperação apresentado, mas também não se pode afirmar a inexistência delas sem análise alguma, como fez a decisão recorrida (...) estando a decisão agravada destituída de qualquer fundamentação, quando afirmou a inexistência de ilegalidades no Plano de Recuperação Judicial imperioso se faz declarar, ex officio, a sua nulidade nesse ponto".*

Avançando um pouco mais, a pergunta que se faz atualmente é se o Juiz pode ou não, tendo em vista os princípios da preservação da empresa e das fontes de produção e trabalho, mitigar as exigências do art. 58, §§ 1º e 2º da Lei 11.101/05, para conceder recuperações mesmo sem o preenchimento estrito de requisitos, evitando

assim o estado falencial.

O REsp 1.310.075/AL trouxe discussão preliminar. Neste julgado, publicado em 25.08.2014, discutiu-se de forma perfunctória a possibilidade de aprovação do plano de recuperação mesmo quando, por pouco, não se alcance o quorum qualificado exigido na lei, utilizando por base o princípio da preservação da empresa.

Entretanto, recentemente, em 4/6/2018, foi publicado pelo E. STJ o Recurso Especial paradigma nº 1.337.989/SP, de relatoria do Min. LUIS FELIPE SALOMÃO. Neste julgado, considerou-se a necessidade de concessão da recuperação, mesmo não estando plenamente preenchidos os requisitos legais do *cram down*, para evitar eventual abuso do direito de voto, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores.

Ressai do corpo do acórdão do RESP 1.337.989 a superação da teoria do dualismo pendular<sup>4</sup>, bem como que "a **hermenêutica** conferida à Lei 11.101/2005, no tocante à recuperação judicial, deve sempre se manter fiel aos propósitos do diploma, isto é, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resultar circunstância que, além de não fomentar, na verdade, inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores, sob pena de tornar inviável toda e qualquer recuperação, sepultando o instituto".

Hermenêutica esta que permite avançar para além dos requisitos estritos do art. 58, §§1º e 2º da



da Lei nº 11.101/05. Com base na doutrina de João Pedro SCALZILLI, enaltece o Relator a necessidade de evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, deixando de lado a fria análise do quórum legal alternativo em detrimento da efetiva possibilidade de recuperação da empresa. Cita como exemplo o credor que domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores. Ou credores bem classificados na falência, com garantia real por exemplo, que podem preferir a liquidação imediata da empresa em vez de sua recuperação, mormente quando os ativos do devedor bastarem para pagar o seu crédito, deixando o Juiz sem margem de manobra.

No caso sob julgamento no STJ neste RESP 1.337.989, os incisos I e II do §1º do art. 58 estavam preenchidos, estando em questão o inciso III. Ali o plano obteve aprovação qualitativa em relação aos credores com garantia real, contudo, não alcançara a maioria quantitativa, sendo, mesmo assim, aprovado o plano com aval do STJ, mitigando, então, a critério judicial, as exigências legais para o *cram down*.

No TJPR houve caso concreto recente, bastante interessante, sendo o AI 1.738.913-8 julgado pela 17ª Câmara Cível e publicado em 27.03.2018. Houve aplicação desta nova hermenêutica e declaração de abuso no direito ao voto, com mitigação dos requisitos para o *cram down* e consequente concessão da recuperação.

Havia um único credor na Classe II, o qual votou contrário ao Plano de Recuperação Judicial, não sendo, em princípio, possível o preenchimento do item III do artigo 58, §1º, da Lei nº 11.101/2005,

inviabilizando a aplicação do *cram down*. Tratava-se do Banco do Brasil, detentor de 55,05% dos créditos totais habilitados na Recuperação Judicial e na citada classe.

A decisão de primeiro grau superou a objeção e concedeu a recuperação via *cram down*, consignando que "*o direito de voto a ser exercido pelos credores não pode ultrapassar o limite imposto pelos fins social, econômicos, a boa-fé ou os bons costumes, revelando-se, nestes casos, abuso de direito*". O relator, Des. RUI PORTUGAL BACELLAR FILHO, baseando-se em jurisprudência do E. TJSP, esta do Des. Ricardo Negrão, consignou que "*em casos excepcionais como este é possível admitir a utilização do instituto *cram down*, a fim de evitar o abuso de direito de voto de um único credor, ainda que não preenchidos os requisitos do artigo 58 da Lei nº 11.101/05*". Nestes termos, foi mantida a decisão de 1º grau.

Dentro da temática de mitigação dos requisitos para o *cram down*, destaca-se, por fim, outra decisão da 17ª Câmara Cível do TJPR, em que, além da mitigação em si, a empresa não tinha viabilidade econômica, fator este que pesou para o indeferimento do plano.

Trata-se do Agravo de Instrumento 1.532.949-0, publicado em 27/09/2016. O agravo de instrumento foi indeferido sob o entendimento de que a relativização das normas previstas no § 1º do artigo 58 da LRF não poderia ser aplicada, tendo em vista a inviabilidade econômica da empresa, a qual não detinha potencial de recuperação. Foi mantida a decisão de 1º grau, que convolou a recuperação em falência sob argumento de que "*no caso em apreço, não se justifica o impulso da recuperação judicial ora pretendida, pois que,*

*estando fadada ao fracasso, apenas representaria mais prejuízo aos credores". O acórdão foi unânime e manteve a decisão, efetuando também análise econômica da empresa, como fator a impedir a mitigação do *cram down*.*

Como se vê, o tema se encontra em constante evolução jurisprudencial, além de despertar grande interesse prático, tendo em vista as inúmeras recuperações judiciais em trâmite, exigindo conhecimentos diante de matéria deveras especializada.

Na segunda série deste artigo, será dada continuidade à abordagem, considerando a evolução jurisprudencial do abuso do direito ao voto, seu controle judicial e sua implicância nas aprovações dos planos de recuperação judicial.

1 Fábio Ulhoa Coelho. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 246-247.

2 Doravante, neste texto, LRE.

3 Salvo no caso de convolação da recuperação judicial em falência, caso em que os credores retornam, com todos os seus direitos, ao *status quo* anterior.

4 A teoria do dualismo pendular estava em evidência antes da Lei nº 11.101/05, cuja ênfase era a liquidação dos ativos da empresa em crise, seja prestigiando os interesses dos credores, seja pendendo pela proteção dos interesses do devedor e, via de regra, deixando de lado a manutenção da atividade produtiva como resultado da superação da crise da empresa.

De sua superação surge a teoria da Divisão Equilibrada de Ônus na Recuperação, indicando que todas as partes do processo devem agir para que o processo garanta o resultado útil. Com isso, todos devem assumir ônus, cabendo ao Juiz, juntamente com o administrador judicial, distribuir de maneira equilibrada os ônus entre credores e devedores.

Para maior aprofundamento, consultar:

COSTA, Daniel Carnio. **Teoria da distribuição equilibrada dos ônus na recuperação judicial da empresa.** Disponível em:



<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-da-distribuicao-equilibrada-dos-onus-na-recuperacao-judicial-da-empresa/12371>.

COSTA, Daniel Carnio. **Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos.** Cadernos Jurídicos, v. 16, n. 39. Escola Paulista da Magistratura (EPM): São Paulo, p. 59-77, jan./mar. 2015. Disponível em:

[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101592/reflexoes\\_processos\\_insolvencia\\_costa.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101592/reflexoes_processos_insolvencia_costa.pdf).