

**A VALIDADE DA DECISÃO DE ACEITAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO
JUDICIAL PELA ASSEMBLÉIA DE CREDORES**

**LA VALIDITÀ DELLA DECISIONE DI ACCETTAZIONE DEL PIANO DI RECUPERO
GIUDIZIARIO PER LA ASSEMBLEA DEI CREDITORI**

Eduardo Silva Bitti

RESUMO

O presente artigo aborda a possibilidade a questão da validade da assembleia-geral de credores, em meio à aplicação do princípio da preservação da empresa, cláusula geral prevista pelo artigo 47 da Lei 11.101/2005. Objetivou-se, em geral, a análise do princípio da preservação da empresa sobre a validade do resultado da referida assembleia. Em termos específicos, objetivou-se discutir o posicionamento dos credores na Lei 11.101/2005, além de se analisar a ata da assembleia em meio às cláusulas gerais previstas pelo Código Civil. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça apontam para a possibilidade de o juiz anular o resultado de aceitação do plano de recuperação advindo da assembleia-geral de credores, em releitura do artigo 58. É coerente a aplicação não só do princípio da preservação da empresa, como das demais cláusulas gerais previstas pelo Código Civil para viabilizar tal anulabilidade, ainda que seja o caso de entender a ata assemblear como instrumento de transação.

Palavras-chaves: Recuperação de empresa; Assembleia; Validade.

RIASSUNTO

In questo articolo si discute la possibilità la validità dell'assemblea generale dei creditori, attraverso l'applicazione del principio di conservazione clausola generale della società a norma dell'articolo 47 della legge 11.101/2005. Obiettivo è, in generale, l'analisi del principio di conservazione della società sulla validità del risultato di detto gruppo. In particolare lo scopo di discutere la posizione dei creditori nella legge 11.101/2005, oltre all'analisi del verbale della riunione tra clausole generali previste dal Codice Civile. Il Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e il Superior Tribunal de Justiça dal Brasile indicano la possibilità che il giudice mettere da parte il risultato di accettazione del piano di recupero derivante in una riunione generale dei creditori, nel rileggere dell'articolo 58. Non è solo l'applicazione coerente del principio di conservazione della società, come le altre condizioni generali stabilite dal codice civile per consentire tale annullamento, anche se si tratta di un caso di comprendere i verbali della riunione generale come strumento di transazione.

Parole Chiave: Ricupero de empresa; Assembleia generale. Validità.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a questão da validade da assembléia-geral de credores em meio à aplicação do princípio da preservação da empresa, cláusula geral prevista pelo artigo 47 da Lei 11.101/2005.

Tal assunto se revela importante diante da necessidade de se observar o comportamento acadêmico e jurisprudencial a respeito do tema, uma vez que a lei em que se baseia a recuperação de empresas é recente e as interpretações ainda não são pacíficas.

Objetiva-se, em geral, com isso, analisar como o princípio da preservação da empresa pode vir a validar o resultado da referida assembléia, diante da esfera de jurisdição voluntária que permeia o assunto.

Em termos específicos, objetiva-se discutir o posicionamento dos credores na Lei 11.101/2005, além de se analisar a ata da assembléia em meio às cláusulas gerais previstas pelo Código Civil.

Assim é que este artigo será iniciado pela visualização do papel da assembléia de credores na recuperação judicial na nova lei falimentar.

Em seguida, será abordada a questão da possibilidade de anulação de decisões da assembléia-geral de credores na recuperação judicial, com exemplos reais extraídos do universo jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça. Ao final, será realizada a análise geral dos casos apresentados.

2 O PAPEL DA ASSEMBLÉIA DE CREDORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Falar da importância da assembléia de credores na recuperação da empresa, portanto, já soa como um eufemismo.

Os credores, em assembléia-geral do processo de recuperação de empresa, conforme artigo 41 da Lei 11.101/2005, devem ser reunidos, para fins de votação, em três grupos, mormente, um com os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, um com os titulares de créditos com garantia real, e, por último, um com os titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados. O plano de recuperação apresentado pelo empresário em recuperação, para ser aprovado, segundo o artigo 45, deve obter a anuência de todos esses grupos creditórios.

Conforme preceitua o artigo 58 do mesmo diploma, *a priori*, cumpridas as exigências legais, o juiz concederia a recuperação judicial do devedor cujo plano não tivesse sofrido objeção de credor nos termos do artigo 55 ou que tivesse sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do artigo 45.

Este tom usado pelo legislador de 2005 poderia ter indicado a obrigatoriedade da homologação do plano recuperacional aprovado em assembléia. Ou talvez, não, como se verá adiante.

A recuperação judicial, logo, veio para atender os anseios de efetividade na tutela concursal mercantil, em substituição ao instituto da concordata. Em linhas gerais, a novidade trazida ao universo jurídico brasileiro em 2005, através da Lei 11.101, estabeleceu nova roupagem às tentativas de se recuperar a atividade econômica, evitando-se, com isso, a ausência de efeitos práticos nos casos concretos.

Mudou-se, como se sabe, o foco daquilo que se considerava objeto da relação jurídica processual. A partir de então, o procedimento não se voltava mais ao préstimo do favor legal do Estado-Juiz, que verificava o preenchimento de requisitos e concedia a concordata ao empresário, mas, sim a algo maior, dentro do aspecto econômico.

A concepção da empresa como atividade econômica organizada, exercida de maneira profissional, nos moldes do artigo 966 do Código Civil e do perfil funcional oriundo das ideias de ASQUINI (1996, p.109), ampliou a importância daquilo que era desenvolvido pelo empresário em derivação aos princípios do direito comercial.

A se levar em consideração a dessa noção econômica de empresa, a partir da teoria de COASE (1937, p. 393), compreende-se tal instituto como um feixe de contratos, apropriando-se dos elementos principiológicos por eles abarcados.

Um destes princípios, talvez, o de maior relevância atualmente, é o da função social dos contratos. Este que pode ser classificado como um princípio de natureza constitucional, mas que está implícito na Carta Magna, é extraído do posicionamento de que os instrumentos

contratuais servem como veículos para a transferência do direito de propriedade e seus reflexos.

Em termos claros, se o conteúdo, domínio, possui função social, na redação do artigo 170 da Constituição Federal, seu meio de transporte também passa a possuí-lo. E se existe função social do contrato, existe a de sua conjugação, de seu entrelaçamento que gera a empresa e que irá gerar o sistema chamado mercado.

A concordata, como um favor legal, agia em detrimento do mercado porque que se prestava a ajudar o comerciante, sem uma vinculação à salvaguarda do estabelecimento comercial. Os planos concordatários se resumiam em leituras, pelos julgadores, pouco eficientes, das informações prestadas pelo comerciante, tentativas por vezes inócuas de se compreender a realidade do comerciante e de tentar salvar o estabelecimento empresarial e suas relações com terceiros.

A concordata, como visto, não salvava os empregos, não ajudava a economia, nem facilitava o pagamento. Ela servia, em diversas ocasiões, como instrumento de calote, o que, em termos óbvios, violava a função social da empresa e do feixe de contratos que ela representava.

A consciência de que recuperar o estabelecimento não era fazê-lo, obrigatoriamente, quanto ao empresário, sujeito de direito nas relações mercantis, seria a mudança oficial do paradigma.

Eis que surge a Lei 11.101/2005 que, em seu artigo 47, preceitua que a recuperação teria por objetivo a viabilização da superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, mas que esta somente ocorreria se tivesse por finalidade “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”.

Neste cotejo, conforme salienta Coelho (2012, p. 40), aufere-se o próprio princípio da preservação da empresa que tem por objetivo a proteção da atividade econômica, podendo ser aplicável não só na área falimentar, em função do interesse da coletividade na recuperação judicial ainda quando o empresário não se mostrar suficientemente capaz de dirigir o empreendimento, como a todos os ramos do direito empresarial.

Por mais que a Lei indique que a recuperação judicial é do sujeito devedor, os deveres anexos do plano de recuperação são tomados pela conotação preservacionista de seu objeto, como algo semelhante à boa-fé objetiva, já presente nas relações contratuais.

A mudança se deu, assim, sobre os desdobramentos da norma recuperacional, que se diverge da concordatária na medida em que o Decreto 7.661/1945 previa, entre outras coisas,

conforme artigos 147 e 148, que os credores eram obrigados a aceitar a proposta de concordata deferida pelo juiz e que não existiria novação. A redação exposta na norma tornou explícita a intenção afirmada no universo acadêmico e jurisprudencial, à época da publicação da lei recuperacional, de se retirar do Estado-Juiz o poder deliberativo a respeito da continuidade, ou não, da empresa.

Compreende-se que este ponto é a chave do assunto envolvendo os credores. Com o instituto da recuperação, eles poderiam vir a ser consultados, com participação direta no resultado da proposta apresentada pelo empresário devedor. Eles, desde que legitimados a participar do processo, poderiam vir a deliberar sobre a aceitação do plano de recuperação judicial através de assembléia devidamente constituída para tal fim, na sequência do artigo 35, inciso I, alínea “a”.

Este procedimento de envio de responsabilidade deliberativa sobre o plano de recuperação aos credores pode, no entanto, continuar a ser classificado como de jurisdição voluntária, cabendo ao juiz, como dito anteriormente, o papel daquele que deveria, em tese, somente homologar o resultado. O favor legal agora passava pelas mãos dos maiores interessados.

O interessante, no entanto, é que, com a alteração do paradigma decisório, o processo de recuperação de empresas passou a ser caracterizado, inconvenientemente, como uma ação-contrato. Assim, com arcabouço em tal entendimento, elementos principiologicos contratuais, inclusive aqueles derivados de elementos de validade, restritos à esfera privada, passaram, em tese, a poder ser utilizados em norma processual.

Concordar com essa pronúncia poderia ser um equívoco. Por mais que seja assim caracterizada, jamais será um contrato, eis que, para isso, aos credores deveria caber a decisão. Como se sabe, o que existe é o poder meramente deliberativo.

O termo *deliberação* não se confunde com o referido ato decisório. Deriva-se do Latim *deliberatìo* e significa um debate com o objetivo de tomar uma decisão, ou seja, é uma reflexão a respeito de um determinado assunto. Em suma, é um procedimento de escolhas, como o que ocorre quando da Assembléia, que envolve um exame das várias alternativas por parte dos interessados, credores, nele incluída a necessidade o respeito à garantia constitucional ao devido processo legal, e resulta num parecer.

Na concepção da importância somente deliberativa dos credores em assembléia-geral é possível enxergar limites que, no afã de se comemorar o surgimento da Lei de 2005, há claro confronto com o *caput* do artigo 58 já informado anteriormente.

Esse liberalismo criado a partir das interpretações da referida norma artigo 58 da Lei 11.101 resulta em mitos que, somente em termos recentes, passaram a ser questionados. O da expressão *ação-contrato* pode ser um destes.

Por mais que se queira afirmar que o plano de recuperação, a assembleia-geral de credores e a respectiva ata possam parecer institutos absolutos, não o são. Seja pela visão do direito privado, seja pela expressão do processo de recuperação judicial em si, muito coisa há para ser discutida.

Observa-se uma abertura de feridas conceituais que podem dar vazão a inúmeras quebras de paradigmas sobre a lei falimentar e recuperacional. Uma delas é a que afirma que não existe recuperação judicial concedida de maneira suspensiva, ainda que o artigo 145 da Lei 11.101 preceitue que, mesmo em meio à falência decretada, seja possível que o juiz homologue “qualquer outra modalidade de realização do ativo, desde que aprovada pela assembleia-geral de credores (...)”. Outra, seria o próprio caráter absoluto dessa e da deliberação acerca do plano de recuperação, a partir do termo “concederia” exposto no *caput* do artigo 58.

3 A POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DE DECISÕES DA ASSEMBLEIA DE CREDITORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Como resultado da ferida chamada *ação-contrato*, as bases dogmáticas criadas a respeito da imutabilidade da função do juiz na recuperação judicial começaram a se perder. São notórios novos tratamentos dispensados pelo meio acadêmico e pela jurisprudência, em simples releituras alicerçadas em hermenêutica possível sobre no diploma legal de 2005.

Exemplo disso é o que já se vinha argumentando neste mesmo trabalho. A discussão acerca do papel da assembleia de credores adveio da parcimônia quanto ao poder assemblear no futuro da empresa recuperanda.

O clima de obrigatoriedade existente em relação aos deslindes da deliberação realizada de forma unânime geraria a impressão de que o juiz funcionaria como mero ratificador de decisões já tomadas, sem que houvesse a possibilidade de rediscussões quanto à viabilidade dos planos de recuperação apresentados. Isto, talvez, caminhe para um novo rumo.

Há exemplos no meio acadêmico, como o de COVAS (2005, p. 305), para quem após o deferimento do processamento da recuperação judicial e oferecido o plano pelo devedor, “se não houve objeção nos termos do artigo 55 ou caso tenha havido a sua aprovação pela assembleia-geral de credores, na forma do artigo 45”, o juiz deveria conceder a recuperação judicial do devedor, “dando início à fase de execução do referido plano”.

É certo que a redação do artigo 58 da Lei 11.101/2005 gera incômodo. Segundo a referida norma, cumpridas as exigências legais, previstas nos artigos anteriores, “o juiz concederá a recuperação judicial do devedor”, cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do artigo 55 ou que tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do artigo 45, ambos do mesmo Diploma.

Observam-se, porém, críticas iniciadas, mesmo que em número tímido, contra a tal vinculação.

CAMPINHO (2008, p. 86), por exemplo, afirma que o termo *poderá* descrito no §1º do artigo 58, “não quer traduzir uma faculdade do juiz, mas sim um poder dever”.

O poder-dever a que se reporta o mencionado autor está expresso na referida norma quando ela afirma que o juiz poderia, ou deveria, “conceder a recuperação judicial com base em plano que não obtivesse aprovação na forma do artigo 45, “desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa”: a) o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; b) 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; e c) 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.

Segundo CEREZETTI (2009, p. 174), tal fenômeno é conhecido no direito norte-americano, a partir dos estudos sobre o *Chapter 11 do Bankruptcy Code*, como *cram down*, que ocorre quando ao menos uma das parte vota favorável ao plano e a recuperação é concedida pelo juiz, conforme §1.129(a).

O próprio legislador de 2005, contudo, havia criado a ressalva no §2º do mesmo artigo 58, ao preceituar que se o plano implicasse tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado, a recuperação não poderia ser concedida pelo juiz. O magistrado não estaria vinculado à aprovação da assembleia-geral de credores somente quando verificasse a ocorrência de ilegalidade no conteúdo do plano ou nas pré-condições para o devedor entrar em recuperação.

O problema é que o artigo 58, aparentemente, não teria aberto brechas para que a ata de aceitação assemblear fosse rejeitada pelo juiz fora destes casos. Entender, desta feita, se era possível, ou não, a não homologação pelo magistrado passou a ser o cerne de uma das maiores discussões envolvendo o assunto.

FRANCO e SZTAJN (2008, p. 245) destacam, v.g., que, se qualquer credor manifestar objeção ao plano, o magistrado convoca a Assembléia de Credores que, se reunida, vier a aprová-lo, cumpridas as formalidades pelo empresário devedor, os autos seriam levados à conclusão, “podendo o juiz conceder, ou não, o pedido.”

Mais direta é a colocação de BERREZA FILHO (2007, p. 116), ao ressaltar que o poder da assembléia-geral não é decisório, não se substituindo ao poder jurisdicional. Para ele, em termos evidentes, a assembléia deverá levar ao juiz as melhores deliberações, que atendam de forma mais eficiente ao interesse das partes envolvidas na recuperação, tanto devedor quanto credores. Competirá ao poder jurisdicional, contudo, a decisão, permanecendo com a assembléia o poder deliberativo, dependente da jurisdição para a sua implementação nos autos do processo

Além do meio acadêmico, como já narrado, pode-se observar manifestações na jurisprudência. Recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo, através de sua Câmara Reservada à Falência e Recuperação, e o Superior Tribunal de Justiça, em sua Terceira Turma, proferiram decisões que alteraram o panorama de liberdade irrestrita em termos de assembléia de credores em ação de recuperação judicial. Em dois casos sucessivos, o de uma empresa de fabricação de cerâmicas e, outro, de uma do setor produtos de açúcar e álcool, teve-se a oportunidade de se verificarem novos posicionamentos quanto ao assunto.

A grande questão enfrentada estava, justamente, no fato de se permitir que as respectivas assembléias de credores pudessem vir a aceitar plano de recuperação judicial dentro de quadro, talvez, pernicioso à efetividade daquilo a que se propunha a ação.

Afinal, a liberdade de *contratar* deveria sofrer o controle estatal? A ata da assembléia-geral é um contrato ou um termo de transação? Apesar de não mencionado no artigo 58 da Lei 11.101, o plano de recuperação aprovado pelos credores pode conter objeto ilícito? Quando isto ocorreria?

A seguir, será realizada breve incursão em importantes julgados a fim de se mais bem visualizar o tratamento adotado com vista a se responder às perguntas acima.

3.1. Caso “Gyotoku”

Em agravo de instrumento proposto por Banco Itaú BBA S/A contra a decisão que homologou o plano de recuperação judicial de Cerâmica Gyotoku Ltda, alegou-se que, em que pese a regra da soberania da assembleia-geral de credores, o resultado assemblear aceitou proposta de "remissão integral da dívida prevista para o final dos 18 anos de pagamento", com concessão de 02 (dois) anos de total carência e, após, 2,3% da receita líquida no terceiro ano, 2,5% no quarto ano e 3% do quinto ao décimo oitavo ano, seriam destinados ao pagamento dos credores garantidos e quirografários.

Além disso, pela proposta provada, até o sexto ano, a totalidade desse dinheiro ou a metade dele seria distribuído per capita, o que faria com que todos os credores pequenos fossem pagos em prazo mais curto. Por fim, a agravante alegava que o plano de recuperação também não havia menção a critérios de governança, continuando-se a administração familiar da empresa.

CALÇAS (In.: BRASIL, 2012a), relator da Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, afirmou, em voto, que a agravante possuía razão quanto aos elementos questionados, eis que o plano aprovado pela assembleia-geral de credores albergava “graves violações aos clássicos princípios gerais do direito, a diversos princípios constitucionais e às regras de ordem pública, não apresentando condições constitucionais, principiológicas e legais para ser homologado”. Para ele, se o plano viola princípios ou regras, compete ao Poder Judiciário, que não seria mero chancelador de deliberações assembleares, o dever de recusar a homologação ao plano viciado.

Em seu voto, o referido relator conheceu do recurso e, de ofício, decretou a nulidade da deliberação da assembleia-geral de credores que aprovou o plano de recuperação judicial.

3.2. Caso “CBAA”

O Tribunal de Justiça de São Paulo analisou agravo de instrumento interposto contra a decisão de primeira instância que concedeu a recuperação judicial das agravadas Companhia Brasileira de Açúcar e Alcool e outras (em recuperação judicial), em virtude da aprovação de plano na assembléia geral dos credores.

Em voto como relator, AKEL (In.: BRASIL, 2012b), observou-se que uma das cláusulas do plano recuperacional aprovado conferiu amplos poderes à recuperanda para revisar os contratos de arrendamento e parcerias agrícolas, modificando valores, renovando-os, além de ampliar ou reduzir suas vigências, e, inclusive, de rescindir os contratos sem incidência de eventuais penalidades, com o objetivo de uma suposta melhoria da produtividade dos canaviais ou otimização da logística da colheita e transporte.

Ele afirmou que os conteúdos bastante genéricos, revelavam-se puramente potestativos, pois condicionavam a realização de negócios futuros ao exclusivo arbítrio do devedor, com afronta ao artigo 122 do Código Civil.

O voto acolheu integralmente o parecer da Procuradoria de Justiça, ao afirmar que, com tal disposição, haveria um atentado contra a função social do contrato e da própria recuperação judicial, e deu provimento em parte ao recurso para declarar ineficaz perante os agravantes as referidas cláusulas do plano de recuperação. Os demais votantes acompanharam o relator, à unanimidade.

Em sede de recurso especial junto à Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, o voto de ANDRIGHI (In.: BRASIL, 2012c) resumiu a questão ao lembrar que a lide em comento tinha por objetivo estabelecer se era possível ao magistrado e ao tribunal reconhecerem a ineficácia de uma cláusula inclusa em plano de recuperação judicial devidamente aprovado em assembleia-geral de Credores, ou se as deliberações tomadas nessa assembléia não seriam passíveis de controle pelo Poder Judiciário.

A relatora lembrou que, tendo em vista a manifestação da vontade dos credores em assembleia-geral, de fato, não competiria ao juízo interferir na vontade soberana dos credores, “alterando o conteúdo do plano de recuperação judicial, salvo em hipóteses expressamente autorizadas por lei, como exposto no artigo 58 da Lei 11.101/2005. Logo, “a obrigação de respeitar o conteúdo da manifestação de vontade, no entanto, não implica impossibilitar ao juízo que promova um controle quanto à licitude das providências decididas em assembléia”.

No mesmo voto, a relatora explicou que, mesmo no âmbito privado, qualquer negócio jurídico representa uma manifestação soberana de vontade, mas que somente é válida se, nos termos do art. 104 do Código Civil provier de agente capaz, mediante a utilização de forma prescrita ou não defesa em lei, e se contiver objeto lícito, possível, determinado ou determinável. Assim é que “a decretação de invalidade de um negócio jurídico em geral não implica interferência, pelo Estado, na livre manifestação de vontade das partes”, o que resulta, em vez disso, controle estatal sobre a liberdade dessa manifestação, ou sobre a licitude do respectivo conteúdo.

A vontade dos credores, ao aprovarem o plano, deveria ter respeitado nos limites da Lei, o que no caso julgado, não teria ocorrido.

3.3. Caso “Alta Paulista”

A Cosan Alimentos S/A interpôs recurso de agravo de instrumento, julgado pela Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça de São Paulo, contra a decisão do Juízo de Junqueirópolis, que homologou a aprovação do plano de recuperação judicial pela Assembleia-Geral de Credores de Alta Paulista Indústria e Comércio Ltda., Alta Paulista Agrocomercial Ltda. e Junqueirópolis Agrocomercial Ltda.

Naqueles autos, questionaram-se violações legais, tais como tratamento desigual de credores de uma mesma classe, previsão de pagamento sem juros moratórios, sem correção monetária e com deságio de 70% (setenta por cento), previsão de automática liberação de todas as garantias reais e fidejussórias, inclusive as prestadas pelos sócios das devedoras, independentemente da anuência dos titulares de tais garantias.

Em voto como relator, CALÇAS (In.: BRASIL, 2012d) afirmou que tinha razão a agravante, seguindo posicionamento do agravo de instrumento 0288896-55.2011.8.26.0000, 0289223-97.2011.8.26.0000, 0289541-80.2011.8.26.0000 e 0264870-90.2011.8.26.0000, julgados pelo mesmo tribunal.

Para ele, a natureza contratual do plano de recuperação judicial exigiria a conjugação dos ditames da Lei 11.101/2005 com a lei privada básica, isto é, o Código Civil brasileiro. Em resumo, “o plano de recuperação judicial não pode conter as invalidades arroladas no Código Civil, nem pode ofender as cláusulas gerais da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da proibição do abuso de direito”.

Observou-se que o posicionamento da Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça de São Paulo passou a se utilizar do precedente advindo do julgamento do Recurso Especial 1314209/SP, comentando no subitem anterior.

Deu-se provimento ao agravo para se decretar a nulidade da deliberação da assembléia-geral de credores que aprovou o plano de recuperação das agravadas, determinando-se, sob pena de falência, a apresentação, em um prazo de 30 (trinta) dias, de um

novo plano que obedecesse a Constituição Federal, aos princípios gerais do direito e as regras de ordem pública da Lei nº 11.101/2005.

3.4. Análise geral dos casos apresentados

Os julgados abordam a recuperação judicial, como uma *ação-contrato*. A ata assemblear, entretanto, poderia ser concebida como uma hipótese de transação, na esteira do artigo 840 e seguintes do Código Civil, ponto omitido em tais análises. Para tanto, bastaria a compreensão acerca de que o plano de recuperação poderia ser encarado como uma oferta de transação, a assembleia-geral de credores é um ambiente deliberativo e a respectiva ata, uma resposta ao devedor proponente e que, conforme artigo 843 do mesmo diploma civilista.

O problema seria o fato de que, em função da leitura do artigo 849 do Código Civil, “a transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa”, excluindo-se até a anulabilidade por conta do erro, como afirma o parágrafo único do mesmo dispositivo.

Sem precipitações, porém. Analisar o resultado de aceitação do plano de recuperação pela assembleia de credores como uma transação não poderia afastar os argumentos de violação às cláusulas gerais da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da proibição do abuso de direito, inerentes aos negócios jurídicos tradicionais.

Mais uma vez, porém, é momento de se evitar considerações precipitadas. O fato do artigo 849 da Lei 10.406/2002 não os prever, não significa que elementos ditos como cláusulas gerais das relações jurídicas negociais ficassem de fora quando da análise da transação. Afinal, vale lembrar, são de ordem pública.

Conforme DINAMARCO (2010, p. 525), quando de sua análise, o magistrado está adstrito a verificar se houve uma transação, se os transatores são verdadeiramente titulares dos direitos ou situações jurídicas dos quais dispõem, se são capazes de transigir, se estão adequadamente representados e se a matéria comporta disposição”. Para ele, tal pontuação diz respeito à ordem pública e sua verificação é um dever do magistrado, “quer as partes a hajam requerido ou mesmo de ofício, negando homologação ao ato quando lhe faltar algum dos pressupostos, um só que seja”.

Além disso, elementos como o dolo podem ser considerados para fins de violação à boa-fé objetiva, já que violam elementos como a lealdade e a informação, gerando assimetrias informacionais, desequilíbrios que impede o cumprimento daquilo que foi contratado.

A decretação de invalidade com base no objeto ilícito , como visto, realmente não provém de uma interferência estatal na livre manifestação de vontade das partes, mas de um controle do juiz sobre a liberdade dessa manifestação, ou sobre a licitude do respectivo conteúdo, de maneira que obedeça à Constituição Federal, aos princípios gerais do direito e as regras de ordem pública da Lei nº 11.101/2005. A principal dessas regras está sobre o próprio conceito da cláusula geral descrita como preservação da empresa no artigo 47.

Ao contrário, portanto, da assertiva de que a ata da assembléia-geral de credores era um documento que vinculava o juiz a conceder a recuperação judicial em caráter obrigatório, a jurisprudência acima demonstra o sopesar da ideia de que as nulidades do plano de recuperação judicial poderiam ser avocadas para fins de não homologação pelo magistrado.

Seja como contrato, ou como transação, a recuperação judicial não foi concedida como forma de se evitar que eventual desespero de credores quanto ao recebimento de seus créditos violasse as cláusulas gerais da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da proibição do abuso de direito.

Seria isto a volta do *favor-legal*?

4 CONCLUSÃO

A conjugação dos elementos teóricos com a recente jurisprudência da Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, poderia representar uma aproximação entre os institutos da recuperação judicial e o da antiga concordata.

Poderia ser a volta do *favor legal* a ser concedido pelo Estado-Juiz ao empresário titular de empresa em grave crise econômico-financeira poderia ser verificada, mas isso não ocorre, ao menos, não nos moldes do Decreto 7.661/1945. Está-se diante de um *cram down* às avessas, pois o juiz evita a recuperação inócua, com atribuição de análise subjetiva.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça ratificou o trabalho com base na teoria geral dos negócios jurídicos, aplicando as noções de validade, o que transpõe a esfera processual do instituto da recuperação.

O *caput* do artigo 58 da Lei 11.101/2005 afirma que o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor com fulcro, ou no fato do plano não ter sofrido objeção de credor nos termos do artigo 55, ou no de ter sido aquele aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do artigo 45, desde que cumpridas as exigências daquela Lei falimentar.

A questão, como dita anteriormente, é que a leitura da referida norma não pode ser isolada, carecendo de proximidade a outras do mesmo diploma legal, como a do artigo 47, que preceitua que a ação recuperacional tem por objetivo promover, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Assim é que, com base na leitura do *caput* do artigo 58 cumulada ao do artigo 47, seria possível concluir pela possibilidade de o juiz anular a ata de aprovação do plano de recuperação judicial quando entender que a assembléia de credores não se atentou para a efetividade do plano, mormente quanto à defesa dos interesses da coletividade quanto ao empreendimento relacionado, em clara afronta ao referido princípio preservacionista.

O espírito da Lei de Falências e Recuperação de empresas não é o de proteção ao interesse dos credores quando estes abusam das garantias processuais que lhes foram concedidas.

Não se pode esquecer que os elementos relativos à nulidade dos negócios jurídicos previstos pelo Código Civil, a partir dos elementos do artigo 104, podem ser aplicados à ação de recuperação judicial, ainda que trabalhada sob o aspecto da aplicação do instituto da transação, previsto nos artigos 843 e seguintes, pelo simples motivo de que aqui impera matéria de ordem pública.

O Estado-juiz pode intervir já que as relações privadas devem ser interpretadas sob parâmetros, como os estabelecidos no artigo 170 da Constituição Federal, que prevêem a função social dos contratos e da empresa por derivação à da propriedade.

REFERÊNCIAS

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil**: industrial, econômico e financeiro. São Paulo, n. 104, out.- dez. 1996.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada: lei 11.101/2005**: comentário artigo por artigo. 4. Ed. rev. Ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de instrumento nº 0136362-29.2011.8.26.0000. Agravante: Banco Itaú BBA S/A. Agravados: Cerâmica Gyotoku Ltda (em recuperação judicial); Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda (Administrador Judicial). Relator: Manoel de Queirós Pereira Calças. São Paulo, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: < <http://www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 26 ago 2012a.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de instrumento nº 0264287-08.2011.8.26.0000. Agravante: Cosan Alimentos S/A. Agravados: Alta Paulista Industria e Comercio Ltda (em recuperação judicial), Alta Paulista Agrocomercial Ltda (em recuperação judicial) e Junqueiropolis Agrocomercial Ltda (em recuperação judicial). Relator: Manoel de Queirós Pereira Calças. São Paulo, 31 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 26 ago 2012b.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de instrumento nº 990.10.304999-3. Agravante: Agrícola Santa Olga Ltda. e outro. Agravadas: Companhia Brasileira de Açúcar e Álcool e outras (em recuperação judicial). Relator: Elliot Akel. São Paulo, 23 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 26 ago 2012c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.314.209 - SP. Recorrente: Companhia Brasileira de Açúcar e Álcool – em Recuperação Judicial e Outro(s). Recorridos: Agrícola Santa Olga Ltda e Outro. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. São Paulo, 2011, disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 ago 2012d.

CAMPINHO, Sergio. **Falência e recuperação de empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. O papel dos credores no Bankruptcy Code. **Revista de Direito Mercantil**: industrial, econômico e financeiro. São Paulo, n. 151/152, jan./dez. 2009.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. **Economica**, Londres, v.4, nº 16, p. 393. 1937, Disponível em www.jstor.org. Acesso em: 04 ago. 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios de direito comercial**: com anotações ao projeto de Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2012.

COVAS, Silvânio. *Art. 55 ao 69*. In: DE LUCCA, Newton (Coord.); SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Processo civil empresarial**. São Paulo: Malheiros, 2010.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.