

Chagas Rosa: Soberania da AGC na recuperação judicial

13/09/2021

Pois bem, não se desconhece que a medida legal disponibilizada para a tentativa de soerguimento de uma empresa em dificuldades econômico-financeiras visa a manutenção de suas atividades, que demonstre viabilidade de seu negócio, sua importância no contexto social e econômico, confere ampla margem para se alcançar uma solução de sustentabilidade por meio de instrumentos de cunho mais tangentes ao tino negocial, que propriamente de ritualística processual. A habilidade de articulação com os credores para discussão do plano proposto, eventuais adequações e, especialmente, visando sua oportuna aprovação, será o grande diferencial. Extrai-se da lição de Daniel Carnio Costa, que segundo a norma de regência do instituto da recuperação judicial, Lei nº 11.101/2005, "*a superação da crise econômico-financeira da devedora deve buscar a proteção do emprego dos trabalhadores, dos interesses dos credores, a manutenção da fonte produtora e a realização da função social da empresa*" [1]. Logo, os interesses são múltiplos e extensamente diversificados, a exigir manejo adequado dos meios disponíveis que possam permitir uma conjugação de propósitos com maior grau efetividade possível de modo a convergir aos fins esperados pelo instituto recuperacional.



Mas, para se alcançar os objetivos traçados, na tramitação do processo

de recuperação judicial, a figura do Administrador Judicial, bem como do órgão deliberativo, a Assembleia Geral de Credores ganha contornos de essencialidade, aliados, sem dúvida, à habilidade interativa do devedor em recuperação judicial como fator primordial na busca de convencimento e, em especial, de aderência considerável da universalidade de credores com poderes deliberativos, logo, em maior abrangência possível, a viabilizar o atingimento do ponto principal, a aprovação do plano de recuperação judicial. Como ensina Fabio Ulhoa Coelho "*o procedimento da recuperação judicial, no direito brasileiro, visa criar um ambiente favorável à negociação entre o devedor em crise e seus credores*" [2].

Nesse contexto, não se pode olvidar que, individual ou coletivamente, os credores exercem papel de ímpar relevância para o encontro de solução que atenda ao interesses de ambos os lados, pois, o êxito ou não de um plano recuperacional proposto estará condicionado, em especial, à disponibilidade de transigência desse conjunto de credores, aderindo, se contrapondo à proposta ou ofertando plano alternativo, se o desejar, cuja solução, na ausência de consenso, ficará a cargo do órgão deliberativo próprio, a Assembleia Geral de Credores. Não se pode desconsiderar, ainda, a possibilidade de se viabilizar condições diferenciadas, mais benéficas, aos credores que se dispôr a adesão como parceiros, representando importante fator para a continuidade dos negócios.

Contudo, planos e propostas supervenientes estão condicionados à oportuna aprovação perante o órgão deliberativo. Nesse ponto, ressalte-se que na doutrina quase uníssona, assim como na jurisprudência, há entendimento no sentido de que sendo a Assembleia Geral de Credores um órgão soberano suas deliberações não estariam sujeitas ao controle do Poder Judiciário, ou seja, o órgão julgador responsável, *a priori*, não poderia decidir de modo diverso afastando o que fora decidido pelo colegiado, especialmente, no que tange ao mérito, do ponto de vista econômico-financeiro [3], mas, acatando e homologando o plano de recuperação judicial, se assim decidido em sede própria, entretanto, cumprindo ao juiz verificar o atendimento dos aspectos legais específicos de sua regência.

Mas, não se pode olvidar, que a questão relativa à legalidade do plano, em determinadas situações, pode dar margem a interpretações diversificadas dado o universo de possibilidades incidentes em processo dessa natureza, que demandaria uma análise mais criteriosa sobre o conjunto da proposta submetida à sua deliberação para se identificar eventuais hipóteses de violações a dispositivos legais e, até mesmo de abuso de direito. Valendo-se da doutrina de Fábio Ulhoa Coelho temos que *"a deliberação assemblear não pode ser alterada ou questionada pelo Judiciário, a não ser em casos excepcionais como a hipótese do artigo 58, § 1º, ou a demonstração de abuso de direito de credor em condições formais de rejeitar, sem fundamentos, o plano articulado pelo devedor"* [4].

Logo, é certo que essa aferição quanto ao cumprimento dos requisitos legais se encontra expressa no artigo 58 da Lei nº 11.101/2005, dispositivo esse com nova redação, pontualmente em sua parte final, dada pela Lei nº 14.112, de 2020: *"Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do artigo 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma dos artigos 45 ou 56-A"* [5].

Sendo assim, a princípio, apenas quanto ao descrito no § 1º, desse artigo 58, é que se admitiria a intervenção do órgão julgador, ou seja, em situação caracterizadora do *cram down* [6], que nos ensinamentos de Manoel Justino Bezerra Filho entende-se que *"com o exame desses artigos relacionados, deve ser feita a conferência do resultado da assembleia geral, para que se verifique se foram preenchidos, de forma cumulativa, os três incisos deste § 1º, ora sob exame, e, em caso positivo, o juiz pode conceder a recuperação judicial, mesmo que o plano tenha sido rejeitado na assembleia"* [7]. Como leciona Paulo Penalva Santos: *"somente na hipótese do § 1º do artigo 58 (cram down) é que a lei concede ao juiz a competência para examinar o mérito do plano"* [8]. Mas, destacou, contudo, o autor, julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo de Instrumento nº 990.10.304999-3, relator desembargador Elliot Akel) em que se verificou no plano aprovado cláusula potestativa que violava o disposto no artigo 122 do Código Civil [9], explicitando que *"a aplicação dessa cláusula do plano conferia amplos e irrestritos poderes para que a devedora, de maneira unilateral e a qualquer tempo, pudesse rescindir ou modificar os contratos, sem qualquer compensação, e com base em critérios absolutamente subjetivos definidos exclusivamente por ela"* [10]. Nesse julgado, como se verifica, a questão justificadora do pronunciamento judicial estava no contexto da proposta do plano aprovado, já que incluído cláusula que colidia com exigências legais, especialmente, pelo seu caráter extremamente impositivo sob regência exclusiva da parte devedora, impactando nocivamente no equilíbrio das relações jurídicas com os credores.

Daí decorre que, em tais situações, é dever do órgão julgador, provocado, intervir para se impor as devidas adequações e, sobretudo, afastar possíveis ilegalidades ou abuso de direito. Nesse sentido, em julgamento de recurso especial nº 1.314.209/SP, ressaltado por Paulo Penalva Santos, o Superior Tribunal de Justiça confirmou à unanimidade, o referido acórdão da Corte Paulista, ando, conforme voto da ministra Nancy Andriighi, que *"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"* [11]. Nessa linha, em julgamento do AgInt no REsp 1875528/MT o Superior Tribunal de Justiça, decidiu 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"* (4ª Turma, relator ministro Marco Buzzi) [12].

Afora essas questões, não é incomum se verificar, em alguns planos de recuperação judicial, situação em que o deságio proposto, especialmente, muito acima de setenta e cinco por cento, se afigura com um certo teor de perdão de dívida do que propriamente uma novação – que no direito recuperacional é condicionada, logo não de efeito extintivo imediato como a novação do direito civil —, tamanha sua exacerbação, considerando-se, certamente, as peculiaridades do crédito em discussão. Em que pesem os objetivos visados pelo procedimento recuperacional, especialmente, de sobrevida empresarial, um ponto de equilíbrio é sempre de fundamental importância, sob pena de, literalmente, em tom jocoso, assim diria, *vestir um santo e desvestir o outro*, ou seja, salvar a empresa devedora em recuperação judicial e levar o credor, do momento, a situação de devedor em vias de um procedimento equivalente, mais adiante, pois, ceifado abruptamente de seu crédito e sem qualquer perspectiva, a curto ou médio prazo, de se recompor em níveis sustentáveis

Não se pode deslembrar, por oportuno, que no mundo dos negócios, e isso é muito impactante, todos, indistintamente, — credores e devedores — enfrentam riscos e grandes dificuldades, em variados graus de abrangência, porém, de igual modo, se esforçam, incessantemente, pela sobrevivência, sobretudo, quando diante de longos períodos de incertezas econômicas, políticas e sociais, pois, de regra, ativo e passivo devem se manter em ponto de equívoco minimamente administrável. Disso resulta, em especial, para os fins do presente, que verificando-se na proposta de recuperação manifesto descompasso na utilização do deságio, ilustrando-se, em que, visivelmente, as condições do plano proposto ou aprovado em sede própria, possa expor um ou mais credores a situação de extrema vulnerabilidade a ponto de

praticamente se ver quase tangenciado à extinção de seu crédito e, por reflexo, de seu próprio negócio, é dever do órgão julgador intervir impondo as devidas adequações, inclusive, decotando ou delimitando cláusulas em que se verificou manifesta abusividade, se diga, do quanto proposto no plano e deliberado pela Assembleia Geral, sem se distar dos fins primordiais do processo recuperacional.

Na jurisprudência, presando-se pela soberania das deliberações da Assembleia Geral de Credores, tem se verificado entendimento pela validação de deliberações em que o deságio se mostrava expressivo, como se verifica nos seguintes julgados: *"Questões relativas ao deságio (90%), ao período de carência (24 meses), prazo de pagamento (12 anos) e encargos (juros de 0,25% ao ano, com limitação de 1% da Taxa Referencial) referem-se à viabilidade econômica da empresa, matéria sobre a qual descabe interferência do Poder Judiciário, por desbordar os limites da legalidade estrita"* (TJSP: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, relator desembargador Sérgio Shimura) [13]. Tendo-se a seguir hipótese em que o deságio era de 70%, respeitando-se a soberania assemblear, considerou o Colegiado como razoável o percentual proposto: *"Soberania da assembleia de credores – Relativização – Jurisprudência – Exame concreto das cláusulas – Termo inicial do prazo de supervisão — Deságio previsto com razoabilidade — Prazo de carência que não é excessivo – Correção monetária calculada com aplicação da Taxa Referencial (TR) — Ausência de ilegalidade..."* (TJSP: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, relator desembargador Fortes Barbosa) [14]. Em mesma temática de fundo, isto é, relativa ao deságio expressivo, entendeu-se, pontualmente, em razão da natureza e peculiaridade do crédito, pela sua impossibilidade, contudo, validando quanto aos demais, expressado nos termos seguintes: *"Impossibilidade, entretanto, da ferramenta para punir, com deságio de 90%, aqueles titulares de crédito com origem em honorários advocatícios. Ilegalidade bem reconhecida"* (TJSP: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, relator desembargador Araldo Telles) [15].

Tem-se pois que as decisões tomadas em sede deliberativa própria, a Assembleia Geral de Credores, deve prevalecer e obrigar a todos, respeitando-se, contudo, as delimitações legais e, ainda, expresso posicionamento contrário de um ou mais credores, como, por exemplo, em relação aos efeitos e abrangência da novação recuperacional. Nesse sentido foram os julgamentos realizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, concluindo que *"(...) soberania da deliberação da AGC que pode ser afastada quando o plano viola a legalidade ou direitos fundamentais dos credores. Possibilidade de análise, pelo Poder Judiciário, da viabilidade do plano e das condições de pagamento em casos excepcionais. Plano que, na prática, não promove novação, mas verdadeira remissão das dívidas (...)"* — (TJRJ: Segunda Câmara Cível, relator desembargador Alexandre Freitas Câmara) [16]. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.314.209/SP, acima mencionado, reconhecendo a possibilidade de controle judicial do plano de recuperação aprovado pela assembleia geral de credores e deixando claro que a soberania da assembleia não implica na impossibilidade de controle judicial do plano de recuperação, tendo sido ressaltado pela ministra Relatora Nancy Andriighi em seu voto que *"(...) 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 assembleia. [...] A vontade dos credores, ao aprovarem o plano, deve ser respeitada nos limites da Lei. A soberania da assembleia para avaliar as condições em que se dará a recuperação econômica da sociedade em dificuldades não pode se sobrepor às condições legais da manifestação de vontade representada pelo Plano' (...)"* [17].

Em que pese, no mais das vezes se decidir pela manutenção de deságio vultoso, ao fundamento de se presar pela preservação e viabilidade econômica da recuperanda, isso, contudo, não deve ser cravado como elemento imutável a ponto de não se admitir a intervenção do órgão julgador, e, nesse sentido, em que se pretendia a alteração de plano de recuperação judicial, houve pronunciamento pela delimitação quanto ao princípio da preservação da empresa, pois, aprovado o plano espera-se o seu cumprimento: *"(...) O princípio da preservação da empresa não tem caráter absoluto, mormente quando se verifica sacrifício excessivo dos credores, no caso de suspensão do cumprimento das obrigações previstas no plano de recuperação vigente.(...)"* — TJSP:, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, relator desembargador Grava Brazil [18].

Como se verifica, não só quando houver abuso de direito pelo credor, mas, tal qual, pelo devedor, cabe ao juiz intervir, pois, o princípio norteador do processo recuperacional não pode se transmutar em literal carta branca às partes, devedor e credor, para se impor de modo inflexível suas condições, pois, o foco essencial há de ser de buscar um indispensável ponto de equilíbrio de modo a viabilizar o soerguimento da recuperanda, objetivo motriz em foco, contudo, em contrapartida, o recebimento pelos credores de seus respectivos créditos, harmonizando-se com os princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Mas, para isso, não se pode olvidar, ser de relevância primordial o aprimoramento dos mecanismos de negociação, inclusive, com estímulos ao equacionamento de possíveis controvérsias via instrumentos de solução consensual de conflitos, como a mediação, disciplinado pelos artigo 3º da Lei nº 13.140/2015 [19], no âmbito da administração pública,

bem como, em especial, pelo artigo 20-B da Lei nº 11.101/2005, acrescido pela Lei nº 14.112, de 2020 [20], no corpo normativo da falência e recuperação de empresas, além disso, igualmente previsto no sistema processual civil vigente (Lei nº 13.105/2005), artigo 3º, §3º [21], que recomenda seja estimulado por todos no âmbito judicial e extrajudicial.

Concluindo, quanto mais se investir em instrumentos de negociação direta — por certo, respeitando-se as diretrizes típicas do processo recuperacional —, bem como naquelas de soluções consensuais de conflitos, por conciliação ou mediação, ter-se-á considerável redução de litigiosidade e, principalmente, melhores possibilidades de aprovação de um plano de recuperação judicial que atenda, em maior grau possível de relevância, tanto aos interesses imediatos do devedor quanto aos dos respectivos credores sujeitos ao regime de recuperação judicial, ainda, que a médio e longo prazo, com uma sempre esperada sustentabilidade recíproca.

[1] *O fresh start no novo sistema de insolvência empresarial brasileiro*. Revista do Advogado. São Paulo, nº 150, jun/2021, p. 9

[2] *Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 243

[3] SALOMÃO, Luís Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência – Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.320. *Apud* Professor Alberto Camiña Moreira, para quem, "*não cabe ao juiz examinar o mérito do plano, principalmente do ponto de vista econômico-financeiro, pois a competência para aprovar ou rejeitar o plano é exclusiva da assembleia de credores.*"

[4] *Ob, cit*, p. 243

[5] *artigo 56-A. Até 5 (cinco) dias antes da data de realização da assembleia-geral de credores convocada para deliberar sobre o plano, o devedor poderá comprovar a aprovação dos credores por meio de termo de adesão, observado o quórum previsto no artigo 45 desta Lei, e requerer a sua homologação judicial.*

[6] *artigo 58, § 1º. No caso previsto no caput deste artigo, a assembleia-geral será imediatamente dispensada, e o juiz intimará os credores para apresentarem eventuais oposições, no prazo de 10 (dez) dias, o qual substituirá o prazo inicialmente estipulado nos termos do caput do artigo 55 desta Lei.*

[7] *Lei de Recuperação de Empresa e Falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 181

[8] SALOMÃO, Luís Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência – Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.320

[9] *artigo 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.*

[10] *Ob. cit.* p.322.

[11] *Idem*, p. 323

[12] DJe 04/06/2021

[13] Agravo de Instrumento nº 2194160-93.2020.8.26.0000 — DJe 16.02.2021

[14] Agravo de Instrumento nº 2280797-81.2019.8.26.0000 — DJe 09.03.2020

[15] Agravo de Instrumento nº 2018858-84.2019.8.26.0000 — DJe 30/08/2019

[16] *Direito Empresarial. Homologação do plano de recuperação judicial aprovado pela Assembleia Geral de Credores. Soberania da deliberação da AGC que pode ser afastada quando o plano viola a legalidade ou direitos fundamentais dos credores. Possibilidade de análise, pelo Poder Judiciário, da viabilidade do plano e das condições de pagamento em casos excepcionais. Plano que, na prática, não promove novação, mas verdadeira remissão das dívidas. Provento dos recursos. (AI TJRJ nº 0022403-02.2016.8.19.0000[16] e 0022409-09.2016.8.19.0000, relator desembargador*

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, Segunda Câmara Cível TJRJ, julgado em 20/07/2016)

[17] Revista Eletrônica do STJ:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1149022&num_registro=2012001&formato=PDF — DJe: 01/06/2012

[18] *Recuperação judicial — Decisão que suspendeu a exigibilidade do plano, até a realização de nova assembleia de credores — Inconformismo de um dos credores — Acolhimento — A despeito da viabilidade legal da modificação do plano de recuperação, não há embasamento para que se suspenda o cumprimento do plano vigente — O princípio da preservação da empresa não tem caráter absoluto, mormente quando se verifica sacrifício excessivo dos credores, no caso de suspensão do cumprimento das obrigações previstas no plano de recuperação vigente — A modificação do plano aprovado por credores é circunstância excepcional que não justifica a suspensão das condições antes aprovadas pelos credores e que deu lastro à concessão da recuperação judicial (artigo 58, caput, da Lei 11.101/05) — Se a recuperanda pretende alterar o plano de recuperação, deve se esforçar para cumpri-lo, ao menos até a data da efetiva realização da nova assembleia — Decisão reformada — Recurso provido.*" (TJSP: Agravo de Instrumento nº 2163319-52.2019.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, relator desembargador Grava Brazil, DJe 27/09/2019).

[19] Artigo 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

Artigo 20-B. Serão admitidas conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial, notadamente: (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

I — nas fases pré-processual e processual de disputas entre os sócios e acionistas de sociedade em dificuldade ou em recuperação judicial, bem como nos litígios que envolverem credores não sujeitos à recuperação judicial, nos termos dos §§ 3º e 4º do artigo 49 desta Lei, ou credores extraconcursais; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

2 — em conflitos que envolverem concessionárias ou permissionárias de serviços públicos em recuperação judicial e órgãos reguladores ou entes públicos municipais, distritais, estaduais ou federais; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

III — na hipótese de haver créditos extraconcursais contra empresas em recuperação judicial durante período de vigência de estado de calamidade pública, a fim de permitir a continuidade da prestação de serviços essenciais; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

IV — na hipótese de negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em dificuldade e seus credores, em caráter antecedente ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020).

[21] Artigo 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. — § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-set-13/chagas-rosa-soberania-agc-recuperacao-judicial-poder-dever-julgador/>