

RECURSO ESPECIAL Nº 1.359.311 - SP (2012/0046844-8)

RECORRENTE : BRAIDO-LEME INDUSTRIA QUIMICA LTDA
ADVOGADO : PAULO HOFFMAN E OUTRO(S)
RECORRIDO : REI FRANGO ABATEDOURO LTDA
ADVOGADO : JÚLIO KAHAN MANDEL E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Cuida-se, na origem, de agravo de instrumento interposto por Braido-Leme Indústria Química Ltda. contra a decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de São Carlos/SP, que homologou o plano de recuperação judicial de Rei Frango Abatedouro Ltda., depois de aprovado pela Assembleia-Geral de Credores.

O recorrente não se conformou com a concessão da recuperação judicial e sustentou "os motivos para desconstituição do julgado, a inviabilidade do plano, que sequer propõe a venda de ativos, severos prejuízos aos credores, que, além do prazo excessivo decorrido desde a distribuição do pedido, estarão obrigados a uma carência de dois anos, sujeitando-se, depois, ao pagamento do que devido em doze anos, correndo apenas juros de 2% ao ano. Requer o indeferimento da recuperação e o decreto da quebra do devedor" (fl. 451).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a decisão agravada por acórdão assim ementado:

EMENTA: Recuperação judicial. Aprovação do plano por ampla maioria e concessão do pleito. Impossibilidade, nesse caso, de imiscuir-se o magistrado para negar a recuperação que os credores, reunidos em assembleia regular, consideraram viável. Recuso não provido (fl. 451).

Opostos embargos declaratórios (fls. 457-459), foram eles rejeitados (fls. 462-465).

Sobreveio recurso especial apoiado na alínea "a" do permissor constitucional, no qual se alegou ofensa ao art. 47 da Lei n. 11.101/2005.

Aduz o recorrente que o instituto da recuperação judicial só deve proteger as empresas economicamente viáveis. Argumenta que, no caso concreto, não é o que ocorre, reafirmando os diversos aspectos do plano de recuperação judicial que, segundo entende, o

Superior Tribunal de Justiça

tornaria inviável ou injusto para com os credores.

O recurso especial não foi admitido (fl. 498), tendo os autos ascendido a esta Corte por força de decisão proferida no AREsp. n. 153.821/SP (fls. 541-542).

Os autos foram ao Ministério Público Federal, que exarou ciência à fl. 546.

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.359.311 - SP (2012/0046844-8)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : BRAIDO-LEME INDUSTRIA QUIMICA LTDA
ADVOGADO : PAULO HOFFMAN E OUTRO(S)
RECORRIDO : REI FRANGO ABATEDOURO LTDA
ADVOGADO : JÚLIO KAHAN MANDEL E OUTRO(S)

EMENTA

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 CJP/STJ.

3. Recurso especial não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Desde a decisão de concessão do processamento da recuperação, o Juízo *a quo* já havia entendido descaber a ele analisar a viabilidade da proposta, nos termos dos seguintes fundamentos:

Descabe a este juízo qualquer consideração a respeito do sistema proposto pela devedora, para pagamento de suas dívidas, mormente quanto ao prazo de carência e ao prazo de pagamento, pois na atual Lei 11.101/2005 não se estabelecem limitações (fl. 394).

Na mesma linha, o acórdão recorrido, depois de referendar doutrina acerca do tema, afirmou que:

[...] dada a natureza jurídica do instituto, que já não constitui favor legal, inviável é a intervenção do juiz, seja para conceder, seja para negar a

Superior Tribunal de Justiça

recuperação, exceto nos casos em que houver expressa autorização da lei de regência.

E não há, para os argumentos deduzidos pelo credor (inviabilidade do plano, prazo de pagamento extremamente longo, além de carência despropositada), autorização normativa de intervenção, mormente quando há expressiva votação favorável à aprovação do plano (fl. 452)

As instâncias ordinárias, portanto, não analisaram se, concretamente, o plano de recuperação judicial era economicamente viável.

Na verdade, recusaram-se a fazê-lo, por força da fundamentação acima apresentada, no sentido de descaber ao Judiciário tal mister quando os credores, reunidos em assembleia, aprovaram-no com observância dos requisitos legais.

Com efeito, a matéria devolvida a esta Corte não consiste em saber se, concretamente, é ou não viável economicamente o plano de recuperação, mas se cabe ao Judiciário tal análise - depois da aprovação pela Assembleia de Credores -, questão exclusivamente jurídica, razão pela qual conheço do especial.

3. Cumpre ressaltar, para logo, que a Lei n. 11.101/2005, no tocante à recuperação de empresas, inspirou-se em ditames maiores de ordem constitucional, como o princípio da função social da propriedade (art. 170, inciso II, da CF/1988) e a diretriz segundo a qual o Estado, como agente regulador e normativo, exerce incentivo da atividade econômica, na forma da lei (art. 174, *caput*, CF/1988).

Daí por que o foco da atual legislação se distanciou sobremaneira daquele contido na lei superada. Se antes a concordata tinha como propósito "salvar o comerciante desafortunado e honesto, que se ach[asse] em desordem transitória", agora, a teleologia da norma aponta para a empresa, instituto esse compreendido em seu significado técnico, como exercício de atividade empresarial (NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. Vol. 3. 4 ed. São Paulo: Saraiva, p. 124-125).

A consequência lógica desse giro foi a adoção expressa do princípio da preservação da empresa - e não do comerciante, como antes - como forma indireta de manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, em absoluta harmonia com o que dispõem os arts. 170, inciso II, e 174, *caput*, da Constituição Federal.

Nesse sentido, preceitua o art. 47 da Lei n. 11.101/2005:

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.

Por esse viés teleológico, a recuperação judicial, por tentar promover o equilíbrio entre os interesses dos credores e a manutenção da empresa, com todos os seus benfazejos consecutórios, também se diferencia da falência. Esta, como forma de execução concursal, está vocacionada primordialmente à satisfação dos interesses dos credores - como todo e qualquer processo de execução - mediante a preservação e otimização dos bens, ativos e recursos produtivos do devedor insolvente (art. 75 da Lei n. 11.101/2005).

Todavia, é exatamente por isso que a recuperação judicial também traz consigo um custo social e de mercado, que é a submissão dos credores, inclusive trabalhadores, a formas não propriamente mercadológicas de recuperação do crédito - e, inicialmente, não previstas ou não quistas por seus titulares.

Sem embargo do crédito tributário, de inegável função social, que é indiretamente atingido, em grande medida em razão da inércia estatal em editar normas específicas de tratamento do devedor em recuperação, notadamente a disciplina do parcelamento especial do passivo tributário.

Com efeito, esse custo à coletividade de credores, decorrente da paralização de suas pretensões de solvência imediata do crédito, deve ser sopesado com o benefício social e mercadológico da recuperação.

Dá por que a recuperação judicial, se por um lado não constitui "favor legal" ao comerciante - como era a concordata na sistemática passada -, por outro não consubstancia direito público subjetivo a toda e qualquer empresa em crise, mas somente uma possibilidade conferida por lei àquelas economicamente viáveis (art. 53, inciso II, da Lei n. 11.101/2005).

Confira-se, nesse sentido, a percuciente doutrina de Fábio Ulhoa Coelho:

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 deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as *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 (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 173).

Deveras, a Lei n. 11.101/2005 fornece vários sinais de que, para a concessão

da recuperação judicial, há que se ponderar, de um lado, o custo coletivo que lhe é intrínseco e, de outro, a viabilidade econômica da empresa e os benefícios dela resultantes.

A título de exemplo: (a) exige-se funcionamento por mais de 2 (dois) anos para que a empresa requeira recuperação judicial (art. 48, *caput*); (b) não seja ela falida ou não tenha obtido o benefício há menos de 5 (cinco) anos (art. 48, incisos I e II); (c) possibilidade de convalidação da recuperação em falência, no caso de descumprimento de obrigação prevista no plano (art. 61, § 1º).

Em tais hipóteses, o legislador antevê que, ou os benefícios da recuperação judicial não superam seu custo mercadológico e social - hipótese de empresas recém-instaladas -, ou já se vislumbra um estado de insolvência anunciada, caso em que, dada a provável ou comprovada inviabilidade econômica, a melhor solução é a decretação da falência.

Como tive oportunidade de afirmar em sede doutrinária, "a participação do Estado nesse processo, seja no âmbito do Poder Executivo, seja no Judiciário, interferindo nas 'leis de mercado', deve ser considerada sob a perspectiva do interesse público", mas a "recuperação judicial não se traduz na fórmula simplista da substituição da iniciativa privada pela atividade do juiz" (SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 10 -12).

4. Com efeito, um vértice sobre o qual se apoia a lei de regência é, realmente, a sua viabilidade econômica. O próprio art. 53, inciso II, da Lei n. 11.101/2005 exige expressamente que o plano de recuperação contenha demonstrativo nesse sentido.

Não obstante, essa diretriz deve ser analisada em conjunto com a natureza jurídica da recuperação judicial e do plano de soerguimento apresentado pelo devedor.

Se é verdade que a intervenção judicial no quadrante mercadológico de uma empresa em crise visa tutelar interesses públicos relacionados à sua função social e à manutenção da fonte produtiva e dos postos de trabalho, não é menos certo que a recuperação judicial, com a aprovação do plano, desenvolve-se essencialmente por uma nova relação negocial estabelecida entre o devedor e os credores reunidos em assembleia.

É exatamente por força desse cariz negocial do plano de recuperação que o crédito tributário a ele não se submete, porque não é possível, em linha de princípio, que a Fazenda Pública transacione seu direito público e indisponível, fazendo as vezes de credor particular (REsp 1.187.404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013).

De fato, internamente às tratativas referentes à aprovação do plano de recuperação, muito embora de forma mitigada, aplica-se o princípio da liberdade contratual,

decorrente da autonomia da vontade. São apenas episódicos - e pontuais, com motivos bem delineados - os aspectos previstos em lei em que é dado ao Estado intervir na avença levada a efeito entre devedor e credores.

Têm-se, como exemplos, as seguintes hipóteses de ingerência legal na seara negocial do plano de recuperação: (a) que o plano não preveja "prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial", ou "prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial" (art. 54); (b) possibilidade de alteração do plano apresentado, desde que não implique "diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes" à assembleia (art. 56, § 3º); (c) aprovação do plano de recuperação judicial por todas as classes de credores (art. 45), salvo na hipótese da *cram down*, quando se mitiga tal exigência, nos termos do art. 58, § 1º, mas que fica ainda interdita a possibilidade de tratamento diferenciado entre os credores da classe que houver rejeitado o plano (art. 58, § 2º).

Nessa linha de raciocínio, cumpre ressaltar, mais uma vez, que o interesse público subjacente à recuperação judicial refere-se à possibilidade de manutenção da empresa e das fontes de produção e trabalho.

Bem por isso que 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.

Assim, cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia (art. 58, *caput*), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear.

Uma vez mais a doutrina de Fábio 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. O ato do procedimento judicial em que privilegiadamente se o objetivo da ambientação favorável ao acordo é, sem dúvida, a assembleia de credores. Por essa razão, a deliberação assemblear não pode ser alterada ou questionada pelo Judiciário, a não ser em casos excepcionais como a hipótese 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 (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de*

Falências e de recuperação de empresas. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 246-247).

Assim é que 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. Seja porque a lei induz tal postura, seja para não correr o risco de se adotar o que Canotilho, na seara do controle judicial dos direitos econômicos, chamou de "metodologia *fuzzy*" (ou *fuzzismo*), uma metodologia da vagueza e da indeterminação, pela qual o judiciário abraça controvérsias que não lhe são afeitas e transita por conceitos que, efetivamente, não domina (CANOTILHO, J. J. Gomes. *"Metodologia Fuzzy" e "Camaleões Normativos" na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In: Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 99).

Na I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ, foram aprovados os Enunciados n. 44 e 46, que refletem com precisão esse entendimento:

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

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.

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.

5. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.