

Processo nº: 0214515-34.2012.8.19.0001

Tipo do Movimento: Decisão

Descrição: 1 - No espaço em que o Plano trata de 'Reorganização das Empresas em Recuperação' (fls. 3311), dois pontos estão a despertar mais de perto a minha atenção. Refiro ao disposto nos itens 5.4.2 (Criação de Empresa Subsidiária - fls. 3.328) e 5.4.3 (Eventual Criação de Unidade Produtiva Isolada - fls. 3.331). A criação de empresa subsidiária, podemos dizer tratar-se de medida que se insere entre os meios de Recuperação Judicial, assim previstos no inciso II do artigo 50 da Lei nº 11.101/2005, sendo um típico instituto do direito societário, com expressa disciplinação no artigo 251 da Lei nº 6.404/1976. No campo das recuperações judiciais chega mesmo a constituir cláusula usual, utilizada nos Planos com muita frequência. De ver, a cláusula 5.4.2.1 trata da criação da pessoa jurídica correspondente, dispondo sobre a sua estruturação, patrimonial e administrativa, a ser provida à custa das recuperandas, que fornecerão à nova empresa parte de seu patrimônio, para formação de seu capital social, o quadro de pessoal, atestados técnicos e outros contratos de prestação de serviços em andamento na Região Sul e no Estado de São Paulo, tudo cuidadosamente especificado nos anexos 5.4.2 - A a C, com a objetividade necessária. Essa cláusula traz uma grande virtude, porquanto não só vai gerar uma nova empresa do ramo, com know how reconhecido, limpa, enxuta, idônea, reunindo todas as condições para atuar no mercado das construções com êxito. Além do que, como bem disposto na cláusula 5.4.2.6. (fls. 3330), será ela uma vigorosa sucessora da Delta Construções e demais Recuperandas, respondendo solidariamente, outrossim, como empresa nova, pela dívida total incluída no Plano, convindo destacar que a sucessão terá efeito 'em direitos e obrigações perante os credores concursais e extraconcursais e perante terceiros'. Isso demonstra que, a criação da empresa subsidiária, ao lado do aspecto de legalidade, não cria nenhum risco à inteireza do patrimônio subsistente das recuperandas, considerado sob a ótica de garantia das obrigações incluídas no Plano ou não. Ao contrário, até fortalece a meta de cumprimento integral do Plano. Já a cláusula 5.4.3. não infunde em mim a mesma expectativa. Não vejo qualquer virtude nesse dispositivo, permissivo de 'Eventual Criação de Unidade Produtiva Isolada, com indicação do artigo 60 da LRF como base legal (fls. 3331). O que está a parecer é que esse artigo 60 não autoriza a criação de Unidade Produtiva Isolada (UPI), mas, a alienação de Unidade já existente ao tempo do pedido de recuperação e, obviamente, incluída no Plano, assim mesmo, mediante ordem judicial e com obediência às modalidades de venda pública previstas no artigo 142 da Lei nº 11.101/2005. Mas, o que consta do Plano a respeito do assunto? O Plano prevê a criação, ao exclusivo juízo de conveniência das Recuperandas, de Unidade Produtiva Isolada (UPI) para fins de alienação, 'a ser composta de ativos devidamente selecionados e avaliados', ativos esses que, ao contrário do previsto para a empresa subsidiária, não aparecem objetivamente indicados desde logo. A escolha desses bens far-se-á ao inteiro alvedrio e conveniência das Recuperandas, exclusivo juízo discricionário delas, com evidente desfalque para o patrimônio das mesmas, sem qualquer retorno ou compensação. O patrimônio subsistente das empresas em recuperação é a garantia geral (responsabilidade) do cumprimento não só dos créditos incluídos no Plano como dos credores extraconcursais (artigo 62 da LRF), por isso que a regra é a proibição da venda ou oneração de bens do devedor após o pedido de recuperação (artigo 66 LRF). De ver, ademais, em desfavor dessa questão, que basta a decisão de mais de metade dos créditos presentes à reunião, para se ter aprovada a alienação. E ainda: a reunião não necessita de quórum e nela só podem votar credores detentores de créditos superiores a um milhão de reais. Nesse relato, que vim de fazer, percebe-se claramente que a criação da Unidade Produtiva Isolada está prevista sem qualquer critério objetivo, fruto de exclusivo juízo discricionário das Recuperandas. É verdade que a recuperação judicial não retira do devedor a sua capacidade, o seu poder de administrar a empresa, mas, tratando-se de alienação de ativos, uma situação excepcional (já vimos que a regra é a vedação), devem constar objetivamente no Plano as suas razões determinantes e a destinação dos ativos destacados, sempre atentando-se para o basilar princípio do instituto da Recuperação, traço forte da Lei nº 11.101/2005, qual seja a preservação da atividade econômica organizada (Código Civil, artigo 966), preservação da empresa, tornando-a viável a fim de resguardar-se a possibilidade de pagamento dos haveres dos credores. O Plano não indicou aqui, tal como figura na previsão da empresa subsidiária, a viabilidade econômica da UPI, notadamente a sua função, a sua utilidade para o êxito da recuperação e não previu a avaliação dos ativos a serem destacados, refugindo das diretrizes do artigo 53, incisos II e III, da LRF. A forma de alienação da UPI, e junto com ela a cessão dos ativos pelas sociedades em recuperação, não seguem as regras dos artigos 60 e 142 da LRF, sendo certo que a previsão da cláusula 5.4.3.2. não se adequa a qualquer das modalidades estabelecidas no sobredito artigo 142, não se vislumbrando, nem no Plano nem na ata da Assembleia Geral dos Credores, nenhuma justificação para essas discrepâncias. De igual modo, a cláusula em foco inibe a participação de credores que detenham créditos inferiores a um milhão de reais, afastando-os da importante deliberação sobre alienação de ativos das recuperandas, fator de garantia para viabilizar as operações das empresas. O critério de aprovação, como expresso na cláusula 5.4.3.3, envolve, pois, os credores representantes de mais de metade do total dos créditos presentes à reunião, o que equivale a assegurar ao credor mais rico do QGC, desde que presente à reunião, o poder de deliberar sobre a alienação de tais ativos, transigindo, assim, sobre a garantia de pagamento dos demais credores. E como corolário de todo esse descalabro, veja-se a cláusula 5.4.3.4 (fls. 3.332), a afastar a UPI alienada da condição de sucessora das recuperandas, nestes termos: 'A Unidade Produtiva Isolada alienada (...) não sucederá as empresas em recuperação nas suas obrigações de quaisquer naturezas, nos termos do disposto no artigo 60 da Lei 11.101/2005'. Dessarte, não há outra dedução a

formular-se daí a não ser que o afastamento da condição da UPI de sucessora das recuperandas vai implicar, indubitavelmente, em que o produto da alienação poderá não entrar no caixa das recuperandas, desfalcando, enfim, objetivamente, concretamente, a garantia dos credores, a realização do Plano. A temeridade dessa cláusula ainda se pode vislumbrar na equivocada ou inadequada referência ao artigo 60 da LRF. Na verdade, o dispositivo negocial parece querer reportar-se ao 'parágrafo único' do artigo 60, que reza: 'O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária...' (n.g.), mas, como se vê claramente do enunciado legal, a regra destina-se ao arrematante, não à UPI em si. JUSTINO BEZERRA FILHO (in Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada, RT, 6ª Ed., Fls. 159/160), esclarece, na interpretação desse dispositivo, que 'Um dos grandes temores de quem arremata um bem em juízo é tornar-se sub-rogado nos ônus que pesam sobre o bem'. E mais adiante, assevera o Mestre paulista: 'Como incentivo à existência de interessados na compra, este parágrafo afasta o bem de quaisquer ônus ou sucessão, criando o que o jargão jurídico-econômico convencionou chamar de 'blindagem...'. Há, dessarte, notório vício de legalidade nessa cláusula permissiva da criação e alienação da Unidade Produtiva Isolada, haja vista o seu caráter discricionário e a possibilidade de manejo do produto a alcançar, sem observância das modalidades do artigo 142 da LRF, sem qualquer comprometimento com a dívida concursal e extraconcursal, sem transparência na composição e avaliação dos ativos, e com o predomínio do poder econômico na deliberação sobre a alienação, sendo relevante no ponto ressaltar que a transferência não se limita aos ativos cedidos pelas recuperandas, mas à própria UPI após constituída, o que faz temer que haja transferência de recursos da Recuperação Judicial para terceiros, com ameaça ao êxito da própria recuperação. Nada obstante o princípio da soberania da Assembleia Geral de Credores, a necessidade de homologação judicial do Plano aprovado enseja ao Juízo o exame da legalidade de todas as disposições e cláusulas nele contidas, cabendo-lhe o poder de reprová-las que se mostrarem sem apoio legal. É o que se passa com a disposição destinada à 'Eventual Criação de Unidade Produtiva Isolada', sendo oportuno reconhecer que nem mesmo a submissão das deliberações à homologação judicial, como consta das cláusulas 5.4.3.2 e 5.4.3.3, tem aptidão para fazer convalidar o trato inválido. Destaque-se, a propósito, a seguinte jurisprudência: 'Agravo. Recuperação judicial. Recurso contra decisão que concede a recuperação judicial. A Assembleia-Geral de Credores só é considerada soberana para a aprovação do plano se forem obedecidos os princípios gerais de direito, as normas da Constituição Federal, as regras de ordem pública e a Lei nº 11.101/2005. Proposta que viola princípios de direito, normas constitucionais, regras de ordem pública e a isonomia dos credores, ensejando a manipulação do resultado das deliberações assembleares é nula. Inclusão de credores garantidos por alienação fiduciária, titulares de arrendamento mercantil e por adiantamento de contrato de câmbio (ACC) nos efeitos da recuperação judicial viola o art. 49, §§ 3º e 4º da LRF. Previsão de carência para início do pagamento dos credores de 60 meses (5 anos), ou seja, após o decurso do prazo bienal de supervisão judicial do art. 61, 'caput', da LRF, impede que o Judiciário convole a recuperação em falência, no caso de descumprimento das obrigações assumidas pela recuperanda. Liberdade para alienação de bens ou direitos integrantes do ativo permanente, independentemente de autorização judicial, afronta o art. 66 da LRF. Proibição de ajuizamento de ações contra sócios, cônjuges, avalistas e garantidores em geral por débitos da recuperanda, configura violação da Constituição Federal. Proibição de protesto cambial ou comunicação à Serasa e SPC, coíbe os credores do exercício de direito subjetivo. Invalidez (nulidade) da deliberação assemblear acoimada de ilegalidades, com determinação de apresentação de outro plano, no prazo de 30 dias, a ser elaborado em consonância com a Constituição Federal e com a Lei nº 11.101/2005, e submetido à assembleia-geral de credores em 60 dias, sob pena de decreto de falência. Agravo provido'. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Agravo de Instrumento número 0168318-63.2011.8.26.0000, Relator Desembargador Pereira Calças, Unânime, Data do julgamento: 28/02/2012, Data de registro: 28/02/2012) 'Agravo. Recuperação Judicial. Plano aprovado pela assembleia-geral de credores. Plano que prevê o pagamento do passivo em 18 anos, calculando-se os pagamentos em percentuais (2,3%, 2,5% e 3%) incidentes sobre a receita líquida da empresa, iniciando-se os pagamentos a partir do 3º ano contado da aprovação. Previsão de pagamento por cabeça até o 6º ano, acarretando pagamento antecipado dos menores credores, instituindo conflitos de interesses entre os credores da mesma classe. Pagamentos sem incidência de juros. Previsão de remissão ou anistia dos saldos devedores caso, após os pagamentos do 18º ano, não haja recebimento integral. Proposta que viola os princípios gerais do direito, os princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da propriedade, da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial o princípio da 'pars conditio creditorum' e normas de ordem pública. Previsão que permite a manipulação do resultado das deliberações assembleares. Falta de discriminação dos valores de cada parcela a ser paga que impede a aferição do cumprimento do plano e sua execução específica, haja vista a falta de liquidez e certeza do 'quantum' a ser pago. Ilegalidade da cláusula que estabelece o pagamento dos credores quirográficos e com garantia real após o decurso do prazo bienal de supervisão judicial (art. 61, 'caput', da Lei nº 11.101/2005). Invalidez (nulidade) da deliberação da assembleia-geral de credores declarada de ofício, com determinação de apresentação de outro plano, no prazo de 30 dias, a ser elaborado em consonância com a Constituição Federal e Lei nº 11.101/2005, a ser submetido à assembleia-geral de credores em 60 dias, sob pena de decreto de falência'. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Agravo de Instrumento nº 0136362-29.2011.8.26.0000, Relator Desembargador Pereira Calças, unânime, Data de registro: 18/04/2012, Data do julgamento: 17/04/2012) Nesse contexto, vale citar o entendimento expressado pelo mestre MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, na sua obra Lei de Recuperação de Empresa e

Falência Comentada, 4ª Ed., Editora RT, página 116, ao comentar o artigo 35 da Lei 11.101/05: 'Observe-se desde logo que o poder da assembleia-geral não é decisório, não se substituindo ao poder jurisdicional. Evidentemente a assembleia, constituída por credores diretamente interessados no bom andamento da recuperação, deverá levar sempre ao juiz as melhores deliberações, que atendam de forma mais eficiente ao interesse das partes envolvidas na recuperação, tanto devedor quanto credor. No entanto, até pelo constante surgimento de interesses em conflito neste tipo de feito, sempre competirá ao poder jurisdicional a decisão, permanecendo com a assembleia o poder deliberativo, dependente da jurisdição para sua implementação nos autos do processo'. Aliás, o próprio Plano aprovado, no penúltimo parágrafo de suas 'Disposições Finais', está a prever: 'Na hipótese de qualquer cláusula, previsão ou expressão deste Plano ser considerada inválida ou ineficaz, as demais cláusulas e condições constantes do Plano devem ser consideradas válidas e eficazes.' (Fls. 3.338) Assim seja. Cumpre-me anotar que a Administradora Judicial, após comentários acerca da cláusula 5.4.3, opinou pela aprovação do Plano, com esclarecimentos (fls. 3854/3856). Por todo o exposto, e tendo em vista a concordância do Ministério Público (fls. 3860) e a inexistência de objeção dos credores, tudo na forma dos artigos 57 e 58 da Lei nº 11.101/2005, CONCEDO A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS SOCIEDADES DELTA CONSTRUÇÕES S/A, DTP - PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S/A, LOCARBENS - LOCADORA DE BENS, VEÍCULOS E EQUIPAMENTOS DE CONSTRUÇÃO LTDA, DELTA ENGENHARIA E MONTAGEM INDUSTRIAL LTDA e DELTA INCORPORAÇÕES E EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, com base no Plano de Recuperação Judicial de fls. 3.215/3.338, aprovado na Assembleia Geral de Credores cuja ata encontra-se às fls. 3.190/3.195, salvo com relação à cláusula 5.4.3, e seus desdobramentos nas cláusulas 5.4.3.1. a 5.4.3.4 (fls. 3.331/3.332), por considerá-la inválida, nos termos dos fundamentos acima cumpridamente lavrados. Intimem-se e abra-se vista ao Ministério Público para ciência. 2 - Fls. 3.861, 3.862, 3.866/3.868, 3.965/3.966, 3.989/4.001, 4.002, 4.004/4.012, 4.013/4.016, 4.017/4.019 - Digam as recuperandas, a Administradora Judicial e o Ministério Público.

[Imprimir](#)

[Fechar](#)