



REVISTA INCLUSIONES

AMISTAD Y COLABORACIÓN INVESTIGATIVA

Revista de Humanidades y Ciencias Sociales

Volumen 7 . Número Especial

Octubre / Diciembre

2020

ISSN 0719-4706

CUERPO DIRECTIVO

Director

Dr. Juan Guillermo Mansilla Sepúlveda
Universidad Católica de Temuco, Chile

Editor

OBU - CHILE

Editor Científico

Dr. Luiz Alberto David Araujo
Pontificia Universidade Católica de Sao Paulo, Brasil

Editor Europa del Este

Dr. Aleksandar Ivanov Katrandzhiev
Universidad Suroeste "Neofit Rilski", Bulgaria

Cuerpo Asistente

Traductora: Inglés

Lic. Pauline Corthorn Escudero
Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Portada

Lic. Graciela Pantigoso de Los Santos
Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Carolina Aroca Toloza
Universidad de Chile, Chile

Dr. Jaime Bassa Mercado
Universidad de Valparaíso, Chile

Dra. Heloísa Bellotto
Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dra. Nidia Burgos
Universidad Nacional del Sur, Argentina

Mg. María Eugenia Campos
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Francisco José Francisco Carrera
Universidad de Valladolid, España

Mg. Keri González
Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México

Dr. Pablo Guadarrama González
Universidad Central de Las Villas, Cuba

Mg. Amelia Herrera Lavanchy
Universidad de La Serena, Chile

Mg. Cecilia Jofré Muñoz
Universidad San Sebastián, Chile

Mg. Mario Lagomarsino Montoya
Universidad Adventista de Chile, Chile

Dr. Claudio Llanos Reyes
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Dr. Werner Mackenbach
Universidad de Potsdam, Alemania
Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Mg. Rocío del Pilar Martínez Marín
Universidad de Santander, Colombia

Ph. D. Natalia Milanesio
Universidad de Houston, Estados Unidos

Dra. Patricia Virginia Moggia Münchmeyer
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Ph. D. Maritza Montero
Universidad Central de Venezuela, Venezuela

Dra. Eleonora Pencheva
Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Rosa María Regueiro Ferreira
Universidad de La Coruña, España

Mg. David Ruete Zúñiga
Universidad Nacional Andrés Bello, Chile

Dr. Andrés Saavedra Barahona
Universidad San Clemente de Ojrid de Sofía, Bulgaria

Dr. Efraín Sánchez Cabra
Academia Colombiana de Historia, Colombia

Dra. Mirka Seitz
Universidad del Salvador, Argentina

Ph. D. Stefan Todorov Kapralov
South West University, Bulgaria

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Comité Científico Internacional de Honor

Dr. Adolfo A. Abadía

Universidad ICESI, Colombia

Dr. Carlos Antonio Aguirre Rojas

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Martino Contu

Universidad de Sassari, Italia

Dr. Luiz Alberto David Araujo

Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, Brasil

Dra. Patricia Brogna

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Horacio Capel Sáez

Universidad de Barcelona, España

Dr. Javier Carreón Guillén

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Lancelot Cowie

Universidad West Indies, Trinidad y Tobago

Dra. Isabel Cruz Ovalle de Amenabar

Universidad de Los Andes, Chile

Dr. Rodolfo Cruz Vadillo

Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, México

Dr. Adolfo Omar Cueto

Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

Dr. Miguel Ángel de Marco

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Emma de Ramón Acevedo

Universidad de Chile, Chile

Dr. Gerardo Echeita Sarrionandía

Universidad Autónoma de Madrid, España

Dr. Antonio Hermosa Andújar

Universidad de Sevilla, España

Dra. Patricia Galeana

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dra. Manuela Garau

Centro Studi Sea, Italia

Dr. Carlo Ginzburg Ginzburg

Scuola Normale Superiore di Pisa, Italia

Universidad de California Los Ángeles, Estados Unidos

Dr. Francisco Luis Girardo Gutiérrez

Instituto Tecnológico Metropolitano, Colombia

José Manuel González Freire

Universidad de Colima, México

Dra. Antonia Heredia Herrera

Universidad Internacional de Andalucía, España

Dr. Eduardo Gomes Onofre

Universidade Estadual da Paraíba, Brasil

Dr. Miguel León-Portilla

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Miguel Ángel Mateo Saura

Instituto de Estudios Albacetenses "Don Juan Manuel", España

Dr. Carlos Tulio da Silva Medeiros

Diálogos em MERCOSUR, Brasil

+ Dr. Álvaro Márquez-Fernández

Universidad del Zulia, Venezuela

Dr. Oscar Ortega Arango

Universidad Autónoma de Yucatán, México

Dr. Antonio-Carlos Pereira Menaut

Universidad Santiago de Compostela, España

Dr. José Sergio Puig Espinosa

Dilemas Contemporáneos, México

Dra. Francesca Randazzo

Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Honduras

Dra. Yolando Ricardo

Universidad de La Habana, Cuba

Dr. Manuel Alves da Rocha

Universidade Católica de Angola Angola

Mg. Arnaldo Rodríguez Espinoza

Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica

Dr. Miguel Rojas Mix

*Coordinador la Cumbre de Rectores Universidades
Estatales América Latina y el Caribe*

Dr. Luis Alberto Romero

CONICET / Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Maura de la Caridad Salabarría Roig

Dilemas Contemporáneos, México

Dr. Adalberto Santana Hernández

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Juan Antonio Seda

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Saulo Cesar Paulino e Silva

Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dr. Miguel Ángel Verdugo Alonso

Universidad de Salamanca, España

Dr. Josep Vives Rego

Universidad de Barcelona, España

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Blanca Estela Zardel Jacobo

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Comité Científico Internacional

Mg. Paola Aceituno

Universidad Tecnológica Metropolitana, Chile

Ph. D. María José Aguilar Idañez

Universidad Castilla-La Mancha, España

Dra. Elian Araujo

Universidad de Mackenzie, Brasil

Mg. Romyana Atanasova Popova

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Ana Bénard da Costa

*Instituto Universitario de Lisboa, Portugal
Centro de Estudios Africanos, Portugal*

Dra. Alina Bestard Revilla

*Universidad de Ciencias de la Cultura Física y el
Deporte, Cuba*

Dra. Noemí Brenta

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Ph. D. Juan R. Coca

Universidad de Valladolid, España

Dr. Antonio Colomer Vialdel

Universidad Politécnica de Valencia, España

Dr. Christian Daniel Cwik

Universidad de Colonia, Alemania

Dr. Eric de Léséulec

INS HEA, Francia

Dr. Andrés Di Masso Tarditti

Universidad de Barcelona, España

Ph. D. Mauricio Dimant

Universidad Hebrea de Jerusalén, Israel

Dr. Jorge Enrique Elías Caro

Universidad de Magdalena, Colombia

Dra. Claudia Lorena Fonseca

Universidad Federal de Pelotas, Brasil

Dra. Ada Gallegos Ruiz Conejo

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Dra. Carmen González y González de Mesa

Universidad de Oviedo, España

Ph. D. Valentin Kitanov

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Mg. Luis Oporto Ordóñez

Universidad Mayor San Andrés, Bolivia

Dr. Patricio Quiroga

Universidad de Valparaíso, Chile

Dr. Gino Ríos Patio

Universidad de San Martín de Porres, Perú

Dr. Carlos Manuel Rodríguez Arrechavaleta

Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México

Dra. Vivian Romeu

Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México

**REVISTA
INCLUSIONES** M.R.
REVISTA DE HUMANIDADES
Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. María Laura Salinas
Universidad Nacional del Nordeste, Argentina

Dr. Stefano Santasilia
Universidad della Calabria, Italia

Mg. Silvia Laura Vargas López
Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México

**CUADERNOS DE SOFÍA
EDITORIAL**

Dra. Jaqueline Vassallo
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Dr. Evandro Viera Ouriques
Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil

Dra. María Luisa Zagalaz Sánchez
Universidad de Jaén, España

Dra. Maja Zawierzeniec
Universidad Wszechnica Polska, Polonia

Editorial Cuadernos de Sofía
Santiago – Chile
OBU – C HILE

Indización, Repositorios y Bases de Datos Académicas

Revista Inclusiones, se encuentra indizada en:





REX



UNIVERSITY OF
SASKATCHEWAN



Universidad
de Concepción

BIBLIOTECA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN



UNIDADES PRODUTIVAS ISOLADAS: CONSTITUIÇÃO E LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL

UNIDAD PRODUCTIVA AISLADA: CREACIÓN Y LÍMITE DEL CONTROL JUDICIAL

Dr. Marcus Elidius Micheli de Almeida

Fundação Armando Alvares Penteado, Brasil
Juiz do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, Brasil
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7185-6808>
adv_elidius@uol.com.br

Dr. Pablo Francisco dos Santos

Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Brasil
Procurador do Estado de São Paulo, Brasil
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2722-0946>
pfdsantos@gmail.com

Fecha de Recepción: 30 de junio de 2020 – **Fecha Revisión:** 11 de julio de 2020

Fecha de Aceptación: 23 de septiembre 2020 – **Fecha de Publicación:** 01 de octubre de 2020

Resumo

O presente trabalho procura discorrer sobre o instituto da Unidade Produtiva Isolada – UPI, prevista no art. 60 da Lei n.º 11.101/2005, que disciplina a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Procurar-se-á, ao longo do texto, definir o instituto, apartando-o da figura do estabelecimento comercial, bem como definir quais são os limites do controle judicial sobre a sua constituição pelo devedor, sobretudo diante do caráter contratual do plano de recuperação.

Palavras-Chaves

Direito Empresarial – Recuperação Judicial – Unidades Produtivas Isoladas -Controle Judicial – Brasil

Resumen

El presente trabajo busca discutir el instituto de la Unidad Productiva Aislada - UPA, previsto en el art. 60 de la Ley n° 11.101/2005, que regula la recuperación judicial, extrajudicial y concursal del empresario y de la empresa. Se buscará, a lo largo del texto, definir el Instituto, separándolo de la figura del establecimiento comercial, así como definir cuáles son los límites del control judicial sobre su constitución por parte del deudor, especialmente en vista de la naturaleza contractual del plan de recuperación.

Palabras Claves

Derecho Comercial - Recuperación Judicial - Unidades Productivas Aisladas - Control Judicial - Brasil

Para Citar este Artículo:

Almeida, Marcus Elidius Micheli de y Santos, Pablo Francisco dos. Unidades produtivas isoladas: constituição e limites do controle judicial. Revista Inclusiones Vol: 7 num Especial (2020): 202-213.

Licencia Creative Commons Attribution Non-Comercial 3.0 Unported
(CC BY-NC 3.0)

Licencia Internacional



Introdução

Constitui verdadeira platitude a afirmação de que o Decreto-Lei n.º 7661/45 não satisfazia aos anseios do mercado brasileiro, tampouco dos empresários.

A pouca margem de liberdade para a adoção de meios de superação da crise levaram a concordata a uma posição diminuta, onde os poucos que nela entravam saíam “vivos”.

Ademais, a forte pressão internacional pela adoção de uma sistemática de recuperação de crédito que melhorasse o perfil do Brasil neste aspecto culminou com a aprovação da Lei n.º 11.101/2005, inspirada nos guias de elaboração dos órgãos multilaterais, em especial a OCDE e o Banco Mundial, bem como na legislação americana correlata (*Chapter 11*)¹.

Dentre as novidades trazidas pelo diploma se encontra a possibilidade da constituição de unidade produtivas isoladas (UPIs), como forma de alienação dos ativos do devedor com vistas à satisfação dos créditos objetos do *tornaround*².

É sobre este objeto que se circunscreve o presente ensaio, destinando-se a analisar, de forma sucinta, a natureza jurídica da UPI, com particular ênfase na sua distinção com o estabelecimento comercial, e os limites do controle de sua formação pela autoridade judicial.

Unidade produtiva isolada: conceito

A LRE não definiu, de maneira clara, o que considera por unidade produtiva isolada. O art. 60 da lei em questão refere-se ao instituto nos seguintes termos:

Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

¹ Mauro Rodrigues Penteado, em Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei n.º 11.101/2005 – Artigo por artigo –, eds. Francisco Satiro de Souza Júnior e Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007), 60: “A chamada “vontade política”, de que decorre a transformação de idéias e projetos em lei, parece ter sido a mesma que vem informando as últimas reformas legislativas, e mesmo emendas constitucionais de interesse do empresariado, como já anotamos alhures. Somente após o Poder Executivo federal haver assumido compromisso perante o Fundo Monetário Internacional para aprovar uma nova lei de falências, visando melhorar o “ambiente” e os chamados “marcos legais” do mercado brasileiro, é que a tramitação do Projeto ganhou impulso e passou a figurar com prioridade na agenda do Congresso, acabando por ser aprovado, com profundas modificações e a incorporação de mecanismos indicados em diretrizes (“principles and guidelines”) de organismos internacionais, encontrados em leis de países desenvolvidos, sem maior tradição nos cinquenta anos de nosso direito imediatamente anterior – embora o método de atribuir aos credores preponderância na recuperação tenha sido testado até 1945, e sem sucesso, desde o velho Código Comercial de 1850 (v. item 3, abaixo).”

² Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei. Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

O art. 140 também faz referência ao instituto:

Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:

(...)

II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente;

Há, por fim, uma última menção ao instituto no art. 160 da LRE:

Art. 166. Se o plano de recuperação extrajudicial homologado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado, no que couber, o disposto no art. 142 desta Lei.

Sabe-se que entre os modais deônticos possíveis da lei não está a definição de institutos³. No entanto, a ausência de menção prévia à unidade produtiva isolada em nosso sistema jurídico fez surgir sérias dúvidas acerca de seu conceito e extensão.

Num primeiro momento, questionava-se se a unidade produtiva isolada seria sinônimo de estabelecimento comercial, tal qual definido pelo art. 1142 do Código Civil:

Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

Jorge Lobo Torres⁴, ao cuidar do tema, assim se manifestou:

“O art. 60 da LRE, sob a denominação “alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor” regula, em verdade, o decantado “trespasse de estabelecimento”.

Destaque-se, de início, que a LRE peca, às vezes, por desprezar vocábulos e expressões consagradas, como ocorre, in casu, ao empregar a palavra “filiais” e a expressão “unidades produtivas isoladas” ao invés da clássica “estabelecimento, hoje, inclusive, objeto de minuciosa disciplina no Código Civil, art. 1.142 e s.”

Como se vê, para o autor os conceitos de UPI e estabelecimento comercial seriam similares, tendo o legislador de 2005 se equivocado ao empregar expressão diversa daquela já consolidada na doutrina e na legislação.

O mesmo entendimento, contudo, não é esposado por Cássio Cavalli e Luiz Roberto Ayoub⁵, que sustentam tratar-se de regimes jurídicos bastante distintos. Segundo aduzem,

³ Lourival Vilanova, *Estrutura Lógica e Sistema de Direito Positivo* (São Paulo: Noeses, 2005), 74 e seguintes.

⁴ Jorge Lobo, em Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* (São Paulo: Saraiva, 2016), 254-255.

“(...) a disciplina do contrato de trespasse, encontrada no Código Civil, não é aplicável à venda de unidade produtiva isolada na recuperação judicial e não falência, conforme bem anota Ricardo Tepedino.”

Eduardo Secchi Munhoz, ao iniciar a análise do tema, parece adotar a mesma orientação de Jorge Lobo⁶. No entanto, ao avançar na análise, esclarece o que para ele constituiria o conteúdo jurídico da expressão “unidade produtiva isolada”:

“Daí se pode extrair a primeira conclusão quanto ao sentido e ao alcance de filial e unidade produtiva isolada, para o fim de afastar a sucessão tributária na alienação ocorrida em processo de recuperação judicial: o bem objeto da alienação judicial não pode ser singular ou isolado, mas é preciso que se trate de um conjunto (complexo) de bens, organizados de forma a permitir a exploração de uma determinada atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. É preciso que aos bens objeto da alienação esteja ligada uma atividade empresarial que possa continuar a ser desenvolvida, a partir da exploração desses mesmos bens, pelo arrematante. É o exercício de uma determinada atividade empresarial que une os elementos que integram o estabelecimento.”

Em que pese a similitude entre estabelecimento comercial e UPI, deve-se ponderar que a UPI não corresponde à totalidade dos bens necessários à exploração da atividade econômica pelo empresário. Isto porque a recuperação judicial constitui processo destinado ao soerguimento da empresa, e não à sua liquidação.

Por isso, os bens integrantes deste novo “bloco” devem ser aptos à produtividade de per se, mas não exaurir a capacidade produtiva do devedor em recuperação. Vale dizer, não serão bens isolados do devedor, tampouco a totalidade de seu complexo produtivo.

Neste sentido, pondera Leandro Vilarinho Borges⁷:

“Diante de referidas ponderações é que chegamos à delimitação do conceito de UPI como sendo composto por uma fração ou diversas frações de um ou mais dos estabelecimentos comerciais, conforme originalmente organizados pela devedora, mas que são aptos a ser produtivos de forma isolada.”

⁵ Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli, *A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas*, (Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016), 240.

⁶ Eduardo Secchi Munhoz, em *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei n.º 11.101/2005 – Artigo por artigo* –, eds. Francisco Satiro de Souza Júnior e Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007), 298: *“A primeira dificuldade diz respeito às expressões “filiais ou unidades produtivas isoladas”, empregadas pelo caput do art. 60. Nesse passo, o legislador não adotou a melhor técnica, na medida em que as referidas expressões não possuem um significado jurídico próprio; melhor seria o emprego da expressão estabelecimento, cujo conceito foi amplamente desenvolvido pela doutrina,264 encontrando-se positivado no art. 1.142 do CC.”*

⁷ Leandro Vilarinho Borges, *Alienação de unidades produtivas isoladas em processos de recuperação judicial: delimitação do conceito, efeitos e modalidades* (Tese Mestrado em Universidade de São Paulo, 2014), 31.

A complementar a ideia até aqui estruturada, Rachel Sztajn acrescenta o seguinte⁸:

Resta um problema que tem que ver com a transferência de estabelecimento único. Uma tal proposta se assemelha à de dissolução e liquidação da sociedade porque se o estabelecimento constitui a base material destinada ao exercício da atividade sua alienação priva a sociedade dos meios necessários para fazê-lo. O objeto social não poderá ser concretizado, e a pessoa jurídica fica esvaziada devendo-se ou refazer a base material, organizar novo estabelecimento, ou alterar o objeto social de forma a dispensar-se, se viável, sua existência. A proposta de trespassse do estabelecimento serve apenas para acelerar o processo de liquidação de ativos e pagamento do passivo que poderá levar à dissolução da sociedade por impossibilidade de realização do objeto social. Seria essa a decisão dos sócios, dissolver a sociedade de forma indireta?

A partir das lições citadas, pode-se concluir o seguinte: (i) a UPI corresponde à ideia de estabelecimento comercial; (ii) o regime de transferência, no entanto, não é aquele regulado pelos artigos 1.142 e seguintes do Código Civil e (iii) a alienação da UPI não pode implicar em desestruturação completa do complexo produtivo do devedor, o que se caracterizaria como liquidação de ativos, própria do processo de falência.

Constituição da Unidade Produtiva Isolada: limites do controle judicial

A constituição de unidades produtivas isoladas tem sido regularmente utilizada nos maiores processos de recuperação judicial em curso em nosso país⁹.

No entanto, cabe-nos indagar: o controle de sua constituição pelo Poder Judiciário tem sido o suficiente, isto é, a constituição das UPIs vai de encontro à ideia de que não pode haver esgotamento do estabelecimento comercial da empresa recuperanda?

A questão dos limites do controle judicial da recuperação judicial perpassa uma discussão prévia acerca da natureza dela própria. Em outras palavras, discute-se, de forma preliminar, se a recuperação judicial teria natureza contratual ou processual.

A discussão em tela é bem reproduzida na tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) por Douglas Ribeiro Neves¹⁰ que, acerca do tema, assim se posicionou:

*(...) em se tratando de recuperação judicial, não basta a vontade do devedor e de determinado número de credores e volume de créditos para autorizar a modificação de obrigações validamente constituídas. A luz dos artigos 47 e 51, é preciso que exista **crise econômico-financeira**, que a **empresa seja viável** e que o **plano seja viável**, porque são estes os elementos que justificam a exceção ao princípio de proteção à propriedade e ao ato jurídico perfeito; e, conseqüentemente, representam o direito a*

⁸ Rachel Sztajn, em Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei n.º 11.101/2005 – Artigo por artigo –, eds. Francisco Satiro de Souza Júnior e Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007), 240.

⁹ Somente a título de exemplo, podemos mencionar os casos que envolvem os grupos Infinity e Tonon.

¹⁰ Douglas Ribeiro Neves, Limites do controle jurisdicional na recuperação judicial, (Tese Doutorado em Universidade de São Paulo, 2015), 18-19.

modificação das obrigações. Estivesse a recuperação judicial calcada exclusivamente na vontade de devedor e parte dos credores, bastaria que o devedor se endividasse de forma fictícia com alguns credores em volume tal que permitisse a aprovação do plano, exclusivamente para diminuir sua dívida, sem que houvesse crise nem empresa viável.

Adotando a tese processualista, o autor objeta a posição oposta – contratualista – com os seguintes argumentos:

A tese contratualista objeta tais fundamentos com o argumento de que a maioria teria legitimidade para obrigar a minoria. Tentam transplantar um conceito de deliberação assemblear próprio do direito societário para o campo das obrigações, apenas porque há uma “coletividade de credores” de um devedor comum. Esse argumento é falacioso porque ignora o fato de que, na associação ou sociedade, há um ato de manifestação de vontade previa em que o aderente concorda em se submeter a decisão da maioria. No caso da “coletividade dos credores”, jamais há, por parte de qualquer credor, tal manifestação de vontade.

*Nem poderia haver, uma vez que ele não tem condições de controlar o volume de endividamento do devedor, **o qual contrai obrigações segundo seu talante, sem ter de consultar seus credores já existentes**. Vale dizer, nenhum credor tem condições de controlar, ao contrário do que ocorre com acionistas ou quotistas, o percentual de seu crédito no conjunto da dívida do devedor comum. Por isso, nem mesmo se pode dizer que a manifestação de vontade de se submeter a decisão de maioria em processo de recuperação seria expressa no momento da constituição do crédito, porque o devedor não é obrigado a precisar o percentual que o crédito representa e porque o percentual de representatividade aumenta e diminui ao longo do tempo sem que o credor possa controlá-lo (ou sequer acompanhá-lo).*

Não há dúvidas de que cabe ao Juiz exercer o controle de legalidade do plano de recuperação judicial. No entanto, ao contrário do conclui o autor – caráter processual da recuperação judicial -, parece que o entendimento pelo caráter negocial tem prevalecido na jurisprudência dos tribunais, inclusive do C. Superior Tribunal de Justiça¹¹.

¹¹ Vide, por exemplo, o seguinte julgado: AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. APROVAÇÃO DO PLANO. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONCESSÃO DE PRAZOS E DESCONTOS. POSSIBILIDADE. CONTROLE DE VIABILIDADE ECONÔMICA PELO PODER JUDICIÁRIO. INVIABILIDADE. AGRADO DESPROVIDO. 1. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, o plano aprovado pela assembleia possui índole predominantemente contratual, sendo vedado ao Magistrado se imiscuir nas especificidades do conteúdo econômico aprovado entre devedor e credores, desde que observados os quóruns previstos no art. 45 da Lei n. 11.101/2005. Assim, a concessão de prazos e descontos para o adimplemento dos débitos insere-se nas tratativas negociais ajustáveis pelas partes envolvidas nas discussões sobre o plano de recuperação, não estando configurado o abuso do direito de voto, na espécie. Precedentes. 2. A questão controvertida foi decidida nos estritos limites do quadro fático delineado pelo acórdão recorrido, sendo prescindível o reexame de provas ou a análise do contrato. 3. Para que haja o prequestionamento é necessário que as instâncias ordinárias examinem a questão controvertida, não sendo imperiosa a menção expressa do artigo debatido. 4. Agravo interno desprovido. (Aglnt no AREsp 1325791/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/10/2018, DJe 05/11/2018)

Não obstante este reconhecimento, não há dúvidas de que o Juiz não exerce papel de mero observador no processo de recuperação judicial. Embora não possa, em regra, ingressar no âmago daquilo que restou negociado pelas partes, cabe a ele um controle efetivo do processo.

Ocorre que o controle efetivo da legalidade muitas vezes confunde-se com o mérito do plano. E, neste sentido, faz-se necessário delimitar-se, do ponto de vista teórico, o limite imposto ao juiz.

Neste sentido, Daniel Carnio Costa concebeu o denominado controle tetrafásico do plano de recuperação judicial¹². A primeira fase estaria ligada ao controle das cláusulas do plano de recuperação judicial, isto é, à verificação da existência de eventual contradição entre a cláusula e norma de ordem pública¹³.

A segunda fase diz respeito ao negócio jurídico existente entre o devedor e seus credores, representado pela aprovação do plano de recuperação. Isto porque, tratando-se de negócio jurídico, “*cabe ao Poder Judiciário verificar se tal negócio jurídico está isento de vícios de consentimento ou de vícios sociais (Código Civil, Capítulo IV do Livro III). São eles: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão, simulação ou fraude contra credores.*”

Para desempenhar este papel, o juiz deverá estar munido de informações essenciais, cujo acesso far-se-á, fundamentalmente, por intermédio do administrador judicial e dos credores¹⁴.

A terceira fase estaria ligada à verificação da legalidade da extensão da decisão da maioria aos credores dissidentes, isto é, se a cláusula aprovada obriga também aqueles que dela divergiram. Eis o exemplo dado pelo autor:

Um bom exemplo é o da cláusula do plano, aprovada pela maioria dos credores, que diz que a novação da obrigação se aplica tanto ao credor principal, quanto ao coobrigado ou avalista. O crédito é direito disponível, não havendo impedimento legal para que o credor perdoe a dívida do devedor principal e também do coobrigado ou do avalista. Portanto, nesse aspecto não haveria ilegalidade nessa cláusula.

¹² Daniel Carnio Costa. O critério tetrafásico de controle judicial do plano de recuperação judicial, (São Paulo: Migalhas, 2017), <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/267199/o-criterio-tetrafasico-de-controle-judicial-do-plano-de-recuperacao-judicial>, data de consulta 26/03/2020.

¹³ Daniel Carnio Costa, O critério tetrafásico...: “Um exemplo mais real desse tipo de cláusula, seria o da cláusula que diz que haverá convalidação da recuperação em falência em caso de descumprimento de obrigação, mesmo com vencimento posterior aos dois anos de fiscalização legal. As consequências do descumprimento das obrigações da recuperanda são reguladas de forma cogente pela lei 11.101/05, não estando na esfera de disponibilidade dos credores.”

¹⁴ Daniel Carnio Costa, O critério tetrafásico... : “Assim, por exemplo, o juiz não deverá homologar plano de recuperação que tenha sido aprovado com base na construção fraudulenta de quórum de aprovação, pela criação de credores inexistentes que atuam no processo como alter-ego da devedora, fundada em cessões de crédito simuladas ou no tratamento desigual de credores titulares da mesma posição jurídica, desinformação de credores ou em práticas fraudulentas de afastamento dos credores do momento da votação do plano.”

Entretanto, o art. 49, p. 1º, da lei 11.101/05 diz que os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados em regresso.

Tem-se, assim, que o credor poderá perdoar o coobrigado ou avalista, se assim desejar, pois o crédito é direito disponível. Entretanto, os credores dissidentes, que não concordaram com essa cláusula, possuem na lei (art. 49, p. 1º) a proteção à sua pretensão de preservar seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados em regresso.

Assim, essa cláusula é válida, mas se aplica apenas aos credores que concordaram expressamente com o seu teor. Os seus efeitos não podem ser estendidos aos credores dissidentes (que votaram contra a cláusula, que se abstiveram, ou que se ausentaram). A extensão dos efeitos dessa cláusula aprovada pela maioria aos credores dissidentes (minoría) viola norma de ordem pública (lei 11.101/05, art. 49, p. 1o)¹⁵

E conclui: neste caso, deveria ser aprovado o plano com tal cláusula, com a observação de que ela somente valeria para os credores concordantes¹⁶.

¹⁵ Sobre o tema, aliás, a Súmula n.º 581, STJ: “A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.”

¹⁶ Em que pese tal entendimento, recentemente o STJ adotou entendimento aparentemente diverso, como se ve da seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO. 1. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA. 2. TRATAMENTO DIFERENCIADO. CREDORES DA MESMA CLASSE. POSSIBILIDADE. PARÂMETROS. 3. CONVOLAÇÃO DA RECUPERAÇÃO EM FALÊNCIA. CONVOCAÇÃO DE ASSEMBLEIA DE CREDORES. DESNECESSIDADE. 4. PREVISÃO DE SUPRESSÃO DAS GARANTIAS REAIS E FIDEJUSSÓRIAS DEVIDAMENTE APROVADA PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. VINCULAÇÃO DA DEVEDORA E DE TODOS OS CREDORES, INDISTINTAMENTE. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir: a) se é possível imprimir tratamento diferenciado entre credores de uma mesma classe na recuperação judicial; b) se é necessária a convocação da assembleia de credores antes da convocação da recuperação judicial em falência na hipótese de descumprimento de obrigação constante do plano de recuperação judicial; c) se a supressão das garantias real e fidejussória estampada expressamente no plano de recuperação judicial, aprovada em assembleia geral de credores, vincula todos os credores da respectiva classe ou apenas aqueles que votaram favoravelmente à supressão. Por unanimidade de votos.

(...)

4. Na hipótese dos autos, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes, o que importa na vinculação de todos os credores, indistintamente.

4.1 Em regra (e no silêncio do plano de recuperação judicial), a despeito da novação operada pela recuperação judicial, preservam-se as garantias, no que alude à possibilidade de seu titular exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impor a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral, a exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária (§ 1º, do art. 49 da Lei n. 11.101/2005). E, especificamente sobre as garantias reais, estas somente poderão ser supridas ou substituídas, por ocasião de sua alienação, mediante expressa anuência do credor titular de tal garantia, nos termos do § 1º do art. 50 da referida lei.

4.2 Conservadas, em princípio, as condições originariamente contratadas, no que se inserem as garantias ajustadas, a lei de regência prevê, expressamente, a possibilidade de o plano de recuperação judicial, sobre elas, dispor de modo diverso (§ 2º, do art. 49 da Lei n. 11.101/2009).

4.3. Por ocasião da deliberação do plano de recuperação apresentado, credores, representados por sua respectiva classe, e devedora, procedem às tratativas negociais destinadas a adequar os interesses contrapostos, bem avaliando em que extensão de esforços e renúncias estariam

Por fim, a quarta fase de análise diz respeito à abusividade do voto do credor, isto é, à verificação de que o voto do credor é compatível com seu interesse particular e com a função social da recuperação judicial. Desta forma, votos que coloquem o credor em posição pior do que a falência do devedor ou, ainda, que contrariem o interesse social na recuperação judicial devem ser desconsiderados¹⁷.

Diante do critério proposto, pensamos que a formação regular de UPIs deveria ser objeto de controle assíduo nas terceiras e quarta fases propostas por Daniel Carnio Costa.

Em outras palavras, a constituição das UPIs é expressamente admitida pela lei e, presumindo a inexistência de vícios na aprovação do plano que a contenha, a análise mais percuciente deve se encontrar nas terceira e quarta fases.

No entanto, em casos paradigmáticos analisados,¹⁸ constata-se que a constituição de UPIs, ainda que com versão da maioria dos bens da recuperanda, não é objeto de rigoroso controle judicial, equivalendo, em termos práticos, à própria liquidação da empresa.

Conclusão

A constituição de unidades produtivas isoladas a partir da autorização constante da Lei n.º 11.101/2005 tem sido objeto de larga utilização nas principais recuperações judiciais em curso no país, sobretudo naquelas que envolvem grandes grupos econômicos, com vultosos volumes de crédito a serem reestruturados.

dispostos a suportar, no intento de reduzir os prejuízos que se avizinham (sob a perspectiva dos credores), bem como de permitir a reestruturação da empresa em crise (sob o enfoque da devedora). E, de modo a permitir que os credores ostentem adequada representação, seja para instauração da assembléia geral, seja para a aprovação do plano de recuperação judicial, a lei de regência estabelece, nos arts. 37 e 45, o respectivo quorum mínimo.

4.4 Inadequado, pois, restringir a supressão das garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, somente aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido, conferindo tratamento diferenciado aos demais credores da mesma classe, em manifesta contrariedade à deliberação majoritária.

4.5 No particular, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes (providência, portanto, que converge, numa ponderação de valores, com os interesses destes majoritariamente), o que importa, reflexamente, na observância do § 1º do art. 50 da Lei n. 11.101/2005, e, principalmente, na vinculação de todos os credores, indistintamente.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1700487/MT, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 26/04/2019)

¹⁷ Daniel Carnio Costa, O critério tetrafásico...: “Por exemplo, se um credor se recusa a negociar, insistindo em receber 100% de seu crédito, ele age, em tese, de forma legítima e de acordo com a realização de seu interesse particular. Entretanto, se esse voto for decisivo para determinar o encerramento de atividade empresarial saudável, com o desaparecimento dos empregos, da renda, dos produtos, dos serviços e dos tributos, o juiz deverá desconsiderar esse voto, fazendo prevalecer o interesse social sobre o interesse particular de um credor específico.”

¹⁸ Cite-se, a título de exemplo, as UPIs constituídas na recuperação judicial do Grupo Infinity (Processo n.º 0151873-29.2009.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações de São Paulo/Capital) e do Grupo Tonon.

A vantagem do instituto, em comparação com a alienação de ativos fora do processo de recuperação judicial, está na ausência de responsabilidade sucessória, sobretudo pelas obrigações trabalhistas e tributárias, cuja existência implica em verdadeira seleção adversa, com redução substancial do valor do negócio, em prejuízo da empresa em crise.¹⁹

Em que pese não se confunda com a alienação do estabelecimento comercial tratada pelo art. 1.142 do Código Civil, a utilização deste expediente tem, muitas vezes, levado à formação de UPIs que congregam a quase totalidade dos ativos das empresas em recuperação, equivalendo, na prática, a uma verdadeira liquidação da empresa, providência esta típica do processo de falência.

Atente-se para o fato de que tais expediente podem – e devem – ser objeto de controle judicial, posto que, embora tipicamente negocial, o plano de recuperação sujeita-se ao controle judicial, como restou demonstrado acima.

Assim sendo, equilibrar-se-á os interesses das partes envolvidas – devedor, credores e investidores -, que poderão negociar os ativos da empresa em crise sem o risco de sucessão, evitando-se, por outro, o total aviltamento da garantia daqueles que tem no patrimônio do devedor sua única chance de recuperar seus ativos.

Bibliografia

Akerlof, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics* Vol: 84 (1970): 488-500.

Ayoub, Luiz Roberto e Cássio Cavalli. *A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2016.

Borges, Leandro Vilarinho. *Alienação de unidades produtivas isoladas em processos de recuperação judicial: delimitação do conceito, efeitos e modalidades*. Tese Mestrado, Universidade de São Paulo. 2014.

Cavalli, Cássio. *A otimização da venda de ativos nas recuperações judiciais*. São Paulo: Cássio Cavalli Advogados. 2018. <https://www.cassiocavalli.com.br/a-otimizacao-da-venda-de-ativos-nas-recuperacoes-judiciais/>. Acesso em 14/04/2020.

¹⁹ Neste sentido: “As normas de sucessão, ademais, são indutoras de seleção adversa no mercado de ativos empresariais, uma vez que os potenciais adquirentes de ativos se disponham a pagar apenas valores reduzidos por eles, isso quando se dispõem a adquiri-los, uma vez que desconhecem a extensão das obrigações elas quais podem vir a responder. As regras de sucessão, assim, promovem um resultado indesejado: as empresas, por não conseguirem vender eficientemente seus ativos, acabam condenadas à crise e ao pedido de recuperação judicial, onde poderão vender ativos embalados em UPIs. Ao esterilizar ativos, a UPI afasta a necessidade de se precificar a extensão do risco sucessório e, assim, permite que se obtenha maior valor pelos ativos alienados” (Cássio Cavalli, *A otimização da venda de ativos nas recuperações judiciais* (São Paulo: Cássio Cavalli Advogados, 2018), <https://www.cassiocavalli.com.br/a-otimizacao-da-venda-de-ativos-nas-recuperacoes-judiciais/> ., data de consulta 14/04/2020. Para uma leitura mais aprofundada sobre o problema da seleção adversa: George A Akerlof, *The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, *The Quarterly Journal of Economics* Volume 84 (1970).

Costa, Daniel Carnio. O critério tetrafásico de controle judicial do plano de recuperação judicial. São Paulo: Migalhas. 2017. <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/267199/o-criterio-tetrafasico-de-controle-judicial-do-plano-de-recuperacao-judicial> . Acesso em 26/03/2020.

Lobo, Jorge. Em Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, editado por Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2016.

Munhoz, Eduardo Secchi. Em Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei n.º 11.101/2005 – Artigo por artigo, editado por Francisco Satiro de Souza Júnior e Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

Neves, Douglas Ribeiro. Limites do controle jurisdicional na recuperação judicial. Tese Doutorado, Universidade de São Paulo. 2015

Penteado, Mauro Rodrigues. Em Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei n.º 11.101/2005 – Artigo por artigo, editado por Francisco Satiro de Souza Júnior e Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

Sztajn, Rachel. Em Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei n.º 11.101/2005 – Artigo por artigo, editado por Francisco Satiro de Souza Júnior e Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

Vilanova, Lourival. Estruturas Lógica e Sistema de Direito Positivo. São Paulo: Noeses. 2005