

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE ITUVERAVA
FACULDADE DR. FRANCISCO MAEDA**

Ana Elena de Brito

**A APLICAÇÃO DO *CRAM DOWN* NO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO
JUDICIAL DE EMPRESAS À LUZ DO ATUAL ENTENDIMENTO
JURISPRUDENCIAL**

**ITUVERAVA
2019**

ANA ELENA DE BRITO

**A APLICAÇÃO DO *CRAM DOWN* NO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO
JUDICIAL DE EMPRESAS À LUZ DO ATUAL ENTENDIMENTO
JURISPRUDENCIAL**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade Dr. Francisco Maeda. Fundação
Educativa de Ituverava para obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Roberto Inácio Barbosa
Filho**

**ITUVERAVA
2019**

ANA ELENA DE BRITO

**A APLICAÇÃO DO *CRAM DOWN* NO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO
JUDICIAL DE EMPRESAS À LUZ DO ATUAL ENTENDIMENTO
JURISPRUDENCIAL**

**Trabalho de Conclusão de Curso para
obtenção do título de Bacharel em Direito.
Fundação Educacional de Ituverava.
Faculdade Dr. Francisco Maeda.**

Ituverava, 27 de Junho de 2019.

Orientador: _____
Prof. Roberto Inácio Barbosa Filho

Examinadora: _____
Prof^a. Cristina Elena Bernardi Iaroszkeski

Examinador: _____
Prof. Victor Hugo Polim Milan

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho a todos que estiveram comigo nesta maravilhosa jornada, aos professores que contribuíram com todo conhecimento e a minha família que colaborou com muito apoio, em especial a minha mãe que foi minha base e inspiração para o êxito deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço ao Criador por me dar sabedoria para trilhar todo este caminho iluminado, colocando pessoas especiais nele para me auxiliar, mesmo que indiretamente, até hoje, o dia da realização de um dos meus maiores sonhos.

Agradeço a minha mãe Sueli pela confiança, motivação, auxílio e dedicação para que eu pudesse chegar até o dia de hoje com sucesso, agradeço por enxugar minhas lágrimas quando eu não sabia mais que tema escolher e me dizer “escuta sua intuição, ela nunca falha”, agradeço por estar ao meu lado em cada passo de toda minha vida, agradeço por essa mulher forte e focada que me modelo, sem você nada disso seria possível.

Agradeço ao meu pai Adalberto e meu irmão João Vitor por me apoiarem nesta longa jornada sabendo me motivar e me dizer quando era hora de pausar e respirar.

Agradeço ao meu amor Leandro por me incentivar na elaboração deste trabalho e me motivar a continuar pesquisando, agradeço por me dar força e ler cada tópico deste trabalho com um olhar crítico, me atentando a dar meu melhor sempre, aturando minhas crises de insegurança relacionadas à construção deste trabalho e dizendo “você escreve tão bem”, isso foi fundamental para que eu chegasse ao dia de hoje com confiança.

Agradeço a todos meus amigos do curso de PNL (programação neurolinguística) por me ensinarem o princípio básico de que se uma pessoa fez, todos somos capazes de fazer, vocês mudaram minha vida e me deram muita força para alcançar este objetivo.

Agradeço imensamente ao meu orientador Roberto Inácio Barbosa Filho por me auxiliar na maioria dos meus artigos realizados durante meu período acadêmico e, finalmente, no meu trabalho de conclusão, agradeço a sua dedicação e atenção, sempre me direcionando à melhor decisão, me ensinando a superar minhas dificuldades e problemas que ao longo deste trabalho encontrei. Sou eternamente grata por extrair o melhor de mim durante este curso, confiando e apostando em minha sabedoria. Agradeço, por fim, pelos ensinamentos que foram fundamentais para este trabalho, é um prazer contar com o senhor mais uma vez como meu orientador.

Agradeço, por fim, a todos meus professores, essenciais à minha formação, sou grata por toda a excelência ao fornecer seus conhecimentos da melhor maneira e sempre sanarem minhas dúvidas, agradeço a todos por confiarem em meu sucesso me proporcionando a formação neste curso.

Finalizando esta importante etapa, guardo, ao menos, duas certezas. A primeira delas: jamais teria chegado até aqui sozinha e a segunda: essa conquista é nossa!

O sucesso nasce do querer, da determinação e persistência em se chegar a um objetivo. Mesmo não atingindo o alvo, quem busca e vence obstáculos, no mínimo fará coisas admiráveis.

- José de Alencar

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar o entendimento doutrinário e jurisprudencial existente entre os tribunais acerca da aplicação do instituto do *cram down* nos procedimentos de recuperação judicial, que funcionaria como uma forma de preservação da atividade empresarial quando entrasse em conflito com interesses de credores, coibindo abusos de direito. Por ser a recuperação judicial um instituto criado para proteção das empresas que passam por crises, mas realiza uma atividade empresarial viável, a qual merece uma chance de restabelecer-se, torna-se fundamental o estudo da viabilidade de aplicação desse instituto no Brasil, diante da complexidade dos requisitos trazidos pela lei, que dispõe que o plano de recuperação judicial, em regra, será aprovado ou vetado pela Assembleia de Credores, cabendo ao juiz homologar a decisão. Todavia, poderá o magistrado reconhecer a viabilidade da empresa, superando o veto da Assembleia por meio do *cram down*. A metodologia do presente trabalho baseia-se em uma revisão bibliográfica crítica, com uso de doutrinas, jurisprudências, artigos científicos e leis específicas. Busca-se, ao final, apontar soluções para diminuir as divergentes interpretações para aplicação do *cram down* quando faltam votos para alcançar o quórum qualificado.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. *Cram Down*. Plano de Recuperação.

SUMMARY

The purpose of this study is to analyze the existing doctrinal and jurisprudential understanding among courts over the application of the cram down institute in judicial reorganization proceedings, which would serve as a way of preserving business activity when it conflicts with the interests of creditors, abuses of law. Because judicial recovery is an institute created to protect companies in crisis, but carries out a viable business activity, which deserves a chance to reestablish itself, it becomes fundamental to study the feasibility of applying this institute in Brazil, of the complexity of the requirements brought by the law, which provides that the judicial recovery plan, as a rule, shall be approved or vetoed by the Creditors' Meeting, and the judge shall approve the decision. However, the magistrate may recognize the viability of the company, overcoming the veto of the Assembly through the cram down. The methodology of the present work is based on a critical bibliographical review, using doctrines, jurisprudence, scientific articles and specific laws. In the end, it is attempted to point out solutions to reduce divergent interpretations for the application of cram down when votes are lacking in order to reach a qualified quorum.

Keywords: Judicial Recovery. Cram Down. Recuperation plan.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO FALIMENTAR	7
2.1 Evolução do direito falimentar no Brasil: da concordata à recuperação judicial de empresas	9
3 O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	11
3.1 Espécies de crise	11
3.2 Viabilidade da atividade empresarial exercida.....	12
3.3 Do laudo econômico-financeiro	13
3.4 Dos meios de Recuperação Judicial.....	13
4 O PROCEDIMENTO JUDICIAL DA RECUPERAÇÃO	17
4.1 Da fase deliberativa e verificação dos créditos.....	19
4.2 Do plano de recuperação judicial	21
4.3 Dos órgãos da recuperação judicial.....	24
4.4 A fase executiva	29
5 APLICAÇÃO DO <i>CRAM DOWN</i> NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	31
5.1 Divergências jurisprudenciais referentes a concessão do <i>cram down</i>	32
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERÊNCIAS	39

1 INTRODUÇÃO

O instituto da recuperação de empresas foi criado a fim de proteger as empresas com atividades viáveis que passam por momentos de crises, bem como zelar pelos interesses dos credores, empregos dos trabalhadores e circulação de riquezas no país, contribuindo, desta forma, pelo respeito aos princípios da função social e preservação da empresa.

O plano de recuperação judicial é o principal elemento do instituto, e será elaborado pelo devedor, devendo conter os meios de superação da crise e as formas de pagamento de cada classe de credores, em seguida será apresentado aos credores em Assembleia para que o aprovem ou reprovem. A função do juiz, em regra, é homologatória. No entanto, em caso de reprovação do plano, visando cumprir os princípios da recuperação judicial, ele pode intervir na aprovação por meio do *cram down*.

O instituto do *cram down* é um mecanismo criado pelo sistema norte-americano, sendo uma ferramenta inovadora para o direito brasileiro, pois em regra se o plano de recuperação judicial for reprovado por alguma classe de credores surge a possibilidade de superação do veto por parte do magistrado.

A importância de fazer esta pesquisa apoia-se na novidade do tema no ordenamento jurídico brasileiro, pois traz amplas possibilidades de interpretação, modificadas conforme o olhar de cada magistrado, gerando, assim, uma insegurança jurídica.

O objetivo do presente trabalho consiste na análise de como os tribunais vêm decidindo a respeito da aplicação do *cram down* quando o quórum qualificado, previsto no artigo 58, §1º da Lei nº 11.101/05, não é cumprido.

A metodologia adotada nesse trabalho foi uma revisão bibliográfica crítica, utilizando-se de doutrinas, análise de jurisprudências, e artigos científicos, além de análise de leis específicas do ordenamento jurídico.

O primeiro capítulo traça uma breve trajetória do direito falimentar, com a evolução legislativa no Brasil, explicando desde o instituto da concordata até a criação da recuperação judicial de empresas.

O segundo capítulo define a recuperação de empresas, diferencia as espécies de crises que podem ser enfrentadas, explica os requisitos fundamentais para que possa ser solicitada e, por fim, traz os meios de recuperação judicial apresentados pela Lei nº 11.101/05.

O terceiro capítulo discorre sobre as três fases do processo de recuperação judicial, sendo a fase postulatória, a fase deliberativa e a fase executiva. Com foco na segunda fase, onde o plano de recuperação será elaborado e apresentado aos credores para deliberação.

O quarto capítulo fala especificamente do instituto do *cram down*, de seu conceito, dos seus requisitos e, finalmente, traz as divergências jurisprudenciais acerca da aprovação do plano pelo magistrado quando o quórum qualificado não é cumprido nos termos do artigo 58, §1º da Lei nº 11.101/05.

Ao final são propostas possíveis soluções para sanar os divergentes entendimentos acerca da forma de aplicação do artigo 58, especificamente quanto ao quórum qualificado apresentado por ele, objetivando sanar a insegurança jurídica existente. Adiante seguem as referências bibliográficas utilizadas no presente trabalho.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO FALIMENTAR

O direito falimentar nasceu da necessidade de regulação das atividades empresariais que enfrentam momentos de crise. Havendo a possibilidade de recuperá-las ou então decretar sua falência, este trabalho apreciará a primeira hipótese, a recuperação das empresas. No entanto, para que isso seja possível é importante apresentar todo o percurso legal até a chegada da Lei nº 11.101/05, demonstrando a forma como o legislador buscou suprir os anseios sociais.

Almeida (2006) apresenta um histórico detalhado do direito falimentar, desde seu surgimento até a promulgação da Lei n. 11.101/05. A princípio, antes mesmo do surgimento da Lei das XII Tábuas, sistemática que perdurou até 428 a.C., os devedores quitavam suas dívidas com sua liberdade – sendo mantidos em estado de servidão por 60 dias e, se isso não saldasse a dívida, o credor poderia vendê-los como escravos - ou, na pior das hipóteses, poderia ser paga com a própria vida, neste caso o corpo era mutilado em partes iguais ao número de credores.

Superada a fase de responsabilização pessoal, foi promulgada a *Lex Poetelia Papiria*, a qual revoga aquela normatização e cria a possibilidade de execução patrimonial em caso de insolvência. A partir disso, o magistrado (pretor) Rutilio Rufo institui a *bonorum venditio*, que é um procedimento que nomeia um curador para a administração dos bens que foram desapropriados do devedor.

Posteriormente, em 737 a.C. é criada a *Lex Julia Bonorum*, considerada por alguns autores como a semente da falência, pois dela nasce a *cessio bonorum*, em outras palavras, a conduta de o devedor entregar, voluntariamente, seus bens aos seus credores, os quais possuíam liberdade para vendê-los isoladamente.

Mais tarde, na Idade Média, o *concursum creditorum*, que era regido pelos próprios credores, ganha regulamentação e passa a se submeter ao judiciário, com isso nasce a obrigação de habilitação em juízo de todos os credores que desejam receber sua parte, sendo o juiz o tutor dos bens do devedor.

Adiante, em 1807, influenciados pelo forte comércio da Itália, os franceses promulgaram seu Código Comercial, o qual contou com a participação de Napoleão Bonaparte. A princípio as sanções impostas aos insolventes eram rígidas, mas o decurso do tempo colaborou para que se tornassem mais brandas, distinguindo os falidos probos dos ímprobos, os primeiros agora com o bônus da moratória, desta forma a falência passa a assumir um caráter econômico-social (CHAGAS, 2018).

Por fim, no Brasil enquanto colônia, a legislação advinha de Portugal, denominada de início como Ordenações Afonsinas, mas em 1514 foi revisada por D. Manuel e decretada em 1521 chamando-se Ordenações Manuelinas. Por mais que o nome tenha mudado desde as Afonsinas não havia disposição a respeito dos comerciantes falidos.

Somente em 1595 é que Filipe II promulgou uma Lei que abrangia o tema, concedendo prioridade ao credor que dava início à execução e impôs sanção privativa de liberdade aos devedores que não tivessem bens suficientes para saldar as dívidas, pena esta que perdurava até que o pagamento fosse realizado.

A Lei de 1595 serviu de inspiração, em 1603, para o Título LXVI do Livro V das Ordenações Filipinas, o qual apresentou distinção entre os falidos de boa-fé e de má-fé, os primeiros são os que ficavam insolventes sem culpa, a eles a legislação oportunizava composição com os credores. Já aos de má-fé que fraudavam a lei as sanções variavam da expatriação, banimento até a pena de morte (ALMEIDA, 2006).

Superveniente às regras e sanções estabelecidas pelas Ordenações foi publicado por Marquês de Pombal um Alvará em 1756, o qual estabelecia o procedimento a ser seguido em caso de falência ou quebra dos comerciantes, a partir disso a falência ganhou cunho mercantil, sendo exclusiva dos comerciantes e negociantes.

Sierra (2016) acrescenta, que o Alvará estabeleceu obrigações aos devedores, apresentar-se à Junta do Comércio para jurar que a falência se deu por circunstâncias alheias a sua vontade, declarar e entregar todos os bens que possuía móveis e imóveis, exibir o Livro Diário que deveria constar todos seus produtos e despesas. Feito isso publicar-se-ia um edital de convocação dos credores.

Do total arrecadado 10% ficava com o devedor, pode-se dizer que com um caráter alimentar, vez que era destinado ao sustento próprio e de sua família, o que restasse era dividido entre todos os credores. Aos fraudulentos o processo utilizado era o penal, impondo ao devedor pena de prisão.

Com a Proclamação de Independência do Brasil em 1822 começam a surgir as legislações brasileiras, sendo uma delas o Código Comercial, publicado em 1850, este em sua Parte Terceira abordou a falência e quebra dos comerciantes no âmbito material, sendo o processual estabelecido pelo Decreto n. 738 do mesmo ano (ALMEIDA, 2006).

Percebendo que o Decreto n. 738 estava obsoleto sobreveio o Decreto n. 917 em 1890 revogando o anterior, todavia foi considerado falho na prevenção de fraudes. Motivando a criação da Lei n. 859 em 1902, que foi sucedida pela Lei 2.024 em 1908, a qual foi revisada pelo Decreto n. 5.746 em 1929 e perdurou até 1945 com a publicação do Decreto-lei n. 7.661

de 1945 que o revogou, perdurando este até 2005, ano em que foi publicada a atual legislação falimentar, a Lei n. 11.101/2005.

2.1 Evolução do direito falimentar no Brasil: da concordata à recuperação de empresas

Exposto o histórico do direito falimentar, há que se falar do motivo pelo qual o instituto da recuperação de empresas foi criado. Para isso é imprescindível analisar o instituto da concordata, o qual antecede e inspira a criação da recuperação de empresas.

A concordata teve sua primeira aparição no direito romano. Aos devedores probos era concedida a chance de composição com seus credores afim de solicitar um prazo para seu restabelecimento economicamente tornando-se capaz de saldar as dívidas (ALMEIDA, 2006).

Entretanto esse instituto só foi firmado na Idade Média, com a *induciae quinquennales*, que significa a paz de 5 em 5 anos que perdura mais 5 anos, em outras palavras, o imperador concedia prazo de 5 anos para o devedor quitar suas dívidas, o qual fazia uso da moratória contra seus credores, surgindo, assim, a modalidade suspensiva da concordata.

No Brasil começou com um artigo no Código Comercial, similar à recuperação de empresas, a princípio estabelecia que, conforme anuência dos credores a concordata seria concedida, podendo incluir a moratória àqueles que provassem sua insuficiência econômico-financeira.

Almeida (2013) acrescenta que na época foi a melhor solução encontrada pelo legislador, vez que, garantia a sobrevivência da empresa e assegurava que as dívidas fossem solvidas, pois com a concessão da moratória, os insolventes tinham um prazo para se restabelecer economicamente, podendo então pagar seus credores e manter a atividade empresarial em funcionamento.

No entanto, com a publicação do Decreto nº 7.661/45, tanto Almeida (2006) quanto Campinho (2018) concordam com a ideia de que a concordata se tornou um favor judicial, pois, independentemente da vontade dos credores, se o devedor solicitasse a concordata e estivessem presentes todos os requisitos legais o juiz, através de uma sentença, poderia aprovar o pedido.

Devido a essa sistemática a concordata foi considerada ineficaz, surgindo, assim, a necessidade de criação de um novo meio de proteção e auxílio às empresas em crise econômico-financeira. Com isso, em 2005, é publicada a Lei nº 11.101, a qual traz o instituto da recuperação de empresas (ALMEIDA, 2006).

A atual legislação aprimorou o direito falimentar, zelando pela preservação das empresas, possibilitando a recuperação das atividades empresariais viáveis e protegendo os trabalhadores. Proporciona segurança jurídica ao apresentar normas claras e precisas, punindo rigorosamente os fraudadores, possibilitando um processo célere e eficiente (CHAGAS, 2018).

Seu intuito, portanto, é suprir as necessidades empresariais, substituindo a concordata. A partir de então, o foco passou da proteção dos credores para a preservação das empresas que estão em crise, priorizando a reestruturação e sobrevivência das atividades viáveis, tornando a falência *ultima ratio* (CHAGAS, 2018).

3 O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Superada a apresentação histórica do direito falimentar, discorrer-se-á sobre a recuperação de empresas por vias judiciais, visto que será esta a modalidade de recuperação de empresas analisada pelo presente trabalho.

A recuperação judicial, conforme artigo 47 da Lei 11.101/2005, é o meio utilizado para facilitar que a empresa se reestruture, permanecendo no mercado, vez que é responsável pela circulação de riquezas no país.

De acordo com Chagas (2018), a reorganização se dá com o pagamento das dívidas, superação da crise e conservação dos empregos, respeitando os princípios da preservação e função social da empresa. Além disso, acrescenta Almeida (2006) que o Poder Público também é parte beneficiada, visto que toda empresa em funcionamento deve pagar tributos.

Campinho (2018) conceitua baseando-se na natureza econômica da recuperação, considerando que as várias ações tomadas pela empresa - econômicas-financeiras, produtivas, organizacionais e jurídicas - juntas possibilitam que a atividade empresarial se torne autossustentável podendo então superar a crise, solvendo seus créditos e mantendo os empregos existentes.

Conclui-se que a recuperação de empresas nada mais é que, a oportunidade concedida ao devedor de adimplir suas dívidas para com seus credores, desde que a atividade empresarial seja viável, com escopo econômico de superação da crise enfrentada, garantindo os empregos já existentes, gerando riquezas à sociedade e incentivando a atividade empresarial no país.

3.1 Espécies de crise

Entendido o conceito de recuperação judicial é importante esclarecer que existem três espécies de crise, cada qual com suas particularidades. Caso o devedor sofra alguma crise e não a supere rapidamente pode desencadear um efeito cascata enfrentam, assim, todas as crises simultaneamente.

Uma empresa só pode pedir recuperação judicial se estiver passando por crise econômico-financeira, de acordo com o artigo 47 da Lei nº 11.101/2005. Sendo assim Coelho (2015), define crise econômica, crise financeira e a crise patrimonial, todas interligadas, vez que, a ocorrência de uma desencadeia as demais.

A crise econômica advém da redução do consumo pela sociedade, ou seja, quando o vendedor tem uma queda em suas vendas porque os consumidores não compram mais a mesma quantidade de produtos ou serviços. Esta pode ser segmentada, genérica ou exclusiva a uma empresa (COELHO, 2015).

Quanto a essa modalidade Negrão (2018) compreende que é possível resultar da globalização, ao mesmo tempo que pode estar relacionado apenas a uma localidade. Afinal, pode resultar de fatores externos, os quais não são solucionáveis pelo empresário, ou internos que dizem respeito à administração e índole do empresário.

Já a crise financeira caracteriza-se pela falta de dinheiro no caixa da empresa, sendo possível, e não necessário, que resulte da crise econômica, impedindo que a empresa cumpra suas obrigações. Uma das causas apresentadas por Coelho (2015) é a não integralização do capital social, o que dificulta o pagamento de outras obrigações.

Por último, a crise patrimonial, é uma crise estática já que refere-se à insolvência empresarial, em outras palavras, o ativo não é suficiente para liquidar o passivo, o que põe em risco seus credores, os quais ficam sem garantias.

3.2 Viabilidade da atividade empresarial exercida

Finda a explicação das três espécies de crise há que se falar da viabilidade da atividade empresarial, sendo ela o principal quesito para que a empresa possa fazer jus à recuperação judicial e não incorrer em falência imediatamente.

Para que um pedido de recuperação judicial seja aceito é imprescindível a viabilidade da atividade empresarial, ou seja, a partir do dinheiro arrecadado ela deve ser capaz de se reestruturar e voltar a ter o mesmo potencial de antes.

A ideia central para esta exigência é que, caso a empresa não consiga ressarcir o banco que lhe fez um empréstimo, quem irá arcar com os custos será a sociedade no todo, visto que os juros do banco aumentarão a fim de sanar seu prejuízo, majorando, assim, o valor dos empréstimos para outras empresas, as quais repassaram esses valores em seus bens e serviços (COELHO, 2015).

Com o propósito de conseguir a concessão da recuperação judicial pelo Poder Judiciário é indispensável o cumprimento de critérios objetivos, relativos à relevância da atividade para a sociedade; à qualidade do maquinário e qualificação da mão de obra; ao volume de ativo e passivo em caixa; ao tempo de funcionamento da empresa; ao faturamento anual; e, ao grau de insolvência do devedor (FAZZIO JÚNIOR, 2015).

Esses parâmetros devem ser analisados cumulativamente, vez que há possibilidade de o faturamento anual ser alto, mas a mão de obra desqualificada ou o maquinário defasado, logo, o juízo competente pela análise deve ter uma visão geral tanto da atividade exercida quanto da forma que é gerida.

3.3 Do laudo econômico-financeiro

Além da viabilidade da atividade é importante abordar o laudo econômico-financeiro, pois juntamente com aquela possibilitará a realização de um bom plano de recuperação judicial e de aprovação pela assembleia de credores. O laudo será responsável por esclarecer qual a situação financeira do devedor e da empresa recuperanda.

O plano conterà dois laudos, um referente ao patrimônio do devedor e outro à condição econômico-financeira da empresa, ambos devem ser subscritos e elaborados por pessoa habilitada ou empresa especializada, garantindo a segurança das informações, pois o empresário, por vezes, terá visão mais otimista de sua empresa que o real (PACHECO, 2013).

O laudo de avaliação dos bens do ativo será apontado no balanço patrimonial, que, segundo art. 51, II, da Lei n. 11.101/05, deve estar anexado à petição inicial. Neste laudo estão inclusos bens materiais, imateriais e direito de crédito.

Já o laudo econômico-financeiro objetiva avaliar detalhadamente todo o patrimônio do devedor, suas receitas, despesas, ativo, passivo e fluxo de caixa, será mensurada a capacidade negocial da empresa, pois a partir deste laudo é possível verificar tanto a viabilidade da empresa quanto os motivos que a levaram a uma crise (PACHECO, 2013).

3.4 Dos meios de Recuperação Judicial

Antes de adentrar no procedimento de recuperação judicial, é valoroso salientar que a legislação aponta diversas formas para recuperação de uma empresa, as quais serão apresentadas e explicadas brevemente a seguir.

O artigo 50 da Lei 11.101/05, em seus 16 incisos propõe modos para o soerguimento da empresa, conforme escrito no artigo o rol é exemplificativo, aceitando meios diferentes ao estabelecido, podendo considerar como sugestões ao empresário.

O primeiro inciso traz a condição de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas e vincendas, criando assim, a possibilidade de dilação dos prazos por, no máximo dois anos, conforme art. 69 da mesma lei.

Salvo em caso de verbas trabalhistas, se relacionadas à acidente de trabalho, vencidas até a data da solicitação de recuperação, o prazo será de um ano para pagamento e, se referentes à salário vencido até três meses antes do pedido, o prazo de quitação é de, no máximo, trinta dias, de acordo com a previsão do art. 54 da Lei 11.101/05.

Em seguida, no segundo inciso, propõe-se operações societárias, diversas formas de se recuperar a empresa, as quais devem ser enquadradas em um plano econômico. A cisão se dá com a divisão da sociedade para constituir uma nova ou integrar uma existente; a incorporação é a absorção de empresas menores por empresas maiores; a fusão é a junção de duas ou mais sociedades para constituição de uma nova; a transformação é a mudança da sociedade de um tipo para outro; e, a cessão de quotas ou ações é a aplicação pecuniária na sociedade que está em crise, para que possa se reerguer (ALMEIDA, 2006).

Adiante, o próximo inciso traz a alteração do controle societário, essa modificação pode ser parcial ou total, sendo parcial novo sócio ingressará na empresa e, será total se houver a venda do poder controlador. Essa medida deve ser tomada em conjunto com ações estimulantes à prosperidade da sociedade (COELHO, 2015).

Posteriormente vem o inciso quatro, o qual oferece a possibilidade de troca dos administradores ou a mutação do órgão administrativo. A mudança dos administradores pode ser total ou parcial, o artigo 64 da Lei de Recuperações e Falência prevê um rol de casos em que os administradores deverão ser afastados. Essa medida, segundo Coelho (2015), é quase sempre fundamental. O órgão pode ser alterado em sua estrutura, criando comitês, por exemplo, ou nomeando diretores ou, ainda, indeferindo deliberações do corpo administrativo.

Outro meio exposto é a concessão do direito de eleição de administradores pelos credores e o poder de veto das questões relativas ao plano de recuperação. Há, também, o aumento de capital social que, diferente do patrimônio que é composto por todos os bens da empresa, inclusive o próprio capital social, ele é a integralização monetária realizada para inaugurar as atividades empresariais. Este pode ser majorado, no caso de sociedades anônimas, pelo aumento do preço das ações, ou, em outras sociedades pela obtenção de recursos de terceiros (ALMEIDA, 2006).

O trepasse ou arrendamento do estabelecimento é mais uma forma apresentada, no primeiro caso haverá a alienação do prédio para terceiro interessado e no arrendamento somente a administração da empresa será transferida.

Por mais que a irredutibilidade salarial seja regra, quando uma empresa requer recuperação judicial é possível que haja redução salarial, temporariamente, combinado com a

diminuição da jornada de trabalho dos funcionários, o que só será válido se realizado mediante acordo ou convenção coletiva.

Existe ainda, a dação em pagamento e a novação de dívidas do passivo, institutos que preveem alterações na quitação das dívidas, na dação o credor aceita receber algo diverso do combinado para que a dívida seja solvida e na novação há a substituição de uma obrigação por outra nova (COELHO, 2015).

Um meio interessante de ser aplicado é a constituição de sociedade de credores, como o próprio nome diz, em assembleia os credores passarão a constituir a sociedade devedora, ofertando recursos e suprimindo seus créditos, tudo isso desde que o devedor concorde. Caso haja convocação da recuperação em falência, aqueles que se tornaram sócios voltam ao status de credores. O objetivo deste meio é reduzir o passivo da empresa, vez que os créditos dos que se tornarem sócios inexistirá e por meio dos recursos injetados poderá tentar-se uma reorganização empresarial, permitindo que a empresa quite todos os seus créditos e sai com sucesso da recuperação judicial (ALMEIDA, 2006).

Em vias de garantir que a recuperação judicial tenha sucesso é prevista a possibilidade de venda dos bens móveis ou imóveis da sociedade, com a concordância dos credores, tais bens, obrigatoriamente, não podem ser essenciais à produção da empresa, afinal, com a alienação destes a crise provavelmente irá piorar (COELHO, 2015).

Referente à medida de equalização de encargos financeiros é o meio usado afim de reduzir, igualmente, os ônus da empresa em recuperação, sob o fundamento de que não haverá prejuízos aos credores que realizarem essa dedução. Almeida (2006) diz que geralmente são solicitados aos bancos que impõe juros e outras taxas.

Uma providência também interessante a ser tomada é o usufruto da empresa, uma vez que o usufrutuário poderá investir financeiramente e em tecnologias e poderá garantir que a empresa se mantenha produtiva e lucrativa mesmo após findo o usufruto (COELHO, 2015).

Similar à constituição de sociedade de credores é a administração compartilhada, a qual se dá com a repartição de tarefas entre o devedor e seus credores, havendo, assim, a atuação dos credores, que desejarem, na administração da atividade, participando de todas as deliberações administrativas.

A penúltima forma de recuperação de empresas é por meio da emissão de valores imobiliários, este só será utilizado por sociedades anônimas ou companhias abertas, as quais podem introduzir no mercado de capitais ações, debêntures e outros valores mobiliários, a fim de angariar recursos (ALMEIDA, 2006).

Por último e não menos importante, a constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos o ativo do devedor, essa sociedade é constituída unicamente para adjudicação, ou seja, por meio de uma decisão judicial seus bens serão transmitidos aos credores, que deles terão posse.

É fundamental entender que são meios capazes de proporcionar êxito às empresas em crise, desde que combinados com outras medidas, garantindo, desta forma, eficácia plena, vez que uma atividade em recuperação precisa reorganizar sua administração, recompor-se financeiramente e deduzir seu passivo com o saldo das dívidas.

4 O PROCEDIMENTO JUDICIAL DA RECUPERAÇÃO

Com escopo de facilitar a compreensão sobre o funcionamento do processo de recuperação judicial dividir-se-á o procedimento em três partes, primeiro será apresentada a fase postulatória, em seguida a deliberativa e, por último, a fase executória, focando no plano de recuperação, objeto de estudo principal do presente trabalho.

A fase postulatória inicia o processo de recuperação judicial. O primeiro ato será a provocação do poder judiciário através de uma petição inicial, a qual aguardará o deferimento do juiz para que o processo vá para a segunda fase.

A peça inaugural que requer a recuperação judicial deve ser proposta por parte legitimada, o artigo 48 da Lei n. 11.101/05 prevê que são legitimados o empresário individual e a sociedade empresária que está em vias de falir. Caso o devedor faleça serão legítimos o cônjuge e herdeiros sobreviventes, o inventariante e, se houver, o sócio remanescente.

Coelho (2015) acrescenta, além de enquadrar-se na exigência acima, é necessário ter sociedade constituída a mais de 2 anos; não ter obtido recuperação em menos de 5 anos; não ter sido penalizado por crimes falimentares, nem o sócio nem os administradores; e, não estar falido, e sim correndo o risco de falência. Sendo essencial, ainda, a manifestação de vontade do devedor ou outro legitimado.

Vale lembrar que a lei de falências e recuperações, a época de sua criação, apresentou algumas empresas proibidas de requerer a recuperação judicial, consistindo nas sociedades seguradoras, instituições financeiras - ambas submetidas à liquidação extrajudicial - e as companhias securitizadoras, todas reguladas por legislação específica.

Uma vez entendido quem pode propor ação de recuperação judicial discorrer-se-á sobre a peça inaugural do processo, a qual contará com nove requisitos apresentados pela lei de falências e recuperações e em seguida sobre o despacho desta.

Petição inicial é a peça que dá início ao processo através da provocação do poder judiciário, vez que este funda-se no princípio da inércia, logo não atuará de ofício. Por meio dela apresentam-se os sujeitos da relação processual, os fatos, fundamentos e os pedidos.

Na recuperação judicial essa peça será orientada pelas regras estabelecidas no artigo 51 da Lei nº 11.101/05, o qual expõe os requisitos necessários para que, tanto o juízo quanto os credores, tenham segurança sobre a viabilidade da atividade exercida, o patrimônio disponível para servir de garantia e qual a situação econômico-financeira da empresa (VENOSA, 2017).

O artigo aduz nove exigências, a apresentação das causas do pedido; a demonstração contábil dos três últimos exercícios; a relação de credores e funcionários; a certidão de inscrição no Registro Público de Empresas; a relação de bens particular dos sócios e administradores; os extratos das contas bancárias e, se houver, das aplicações financeiras; certidões de protesto; e, listagem das ações judiciais em andamento, as quais o devedor compeña a relação processual, com uma suposição dos valores das causas.

Ausente algum destes documentos, os quais são imprescindíveis ao deferimento da inicial, o juiz deverá conceder prazo de 15 dias para complementação, conforme previsão do art. 321 do Código de Processo Civil (CPC), caso o autor não o faça o juiz deverá indeferir o pedido. O juiz, ao solicitar complementação, é obrigado a individualizar os documentos que faltam, de acordo com a súmula 56 do TJ/SP.

Estando a petição nos termos da lei o pedido será despachado pelo juízo, com isso produzir-se-ão efeitos suspensivos relativos aos processos que tramitam contra o devedor requerendo sua falência. Ressalte-se que ainda não foi concedido o benefício da recuperação, o despacho só é capaz de suspender os processos e dar início à fase deliberativa, nesta fase sim será decidido sobre o direito à recuperação ou não (COELHO, 2015).

Deferido o pedido, conforme o § 1º do art. 52, será expedido um edital, a ser publicado em órgão oficial, constando breve resumo do pedido e da decisão, a lista de credores, os valores e a classificação dos créditos, os prazos para habilitações e o prazo para oferecimento de impugnações ao plano.

E, conseqüentemente, haverá a impossibilidade de desistência do devedor, salvo por aprovação da assembleia de credores; a obrigação de ele solicitar a suspensão das ações e execuções; e, os credores poderão constituir assembleia para decidir sobre o Comitê de Credores ou pedir substituição de um dos membros ou, ainda, para deliberar sobre a convocação da recuperação em falência (CHAGAS, 2018).

Simultaneamente ao deferimento da peça inaugural, de acordo com o art. 52, além da suspensão, será nomeado um administrador judicial; dispensada a apresentação de certidão negativa, salvo se for prestar serviço ao Poder Público ou receber alguma regalia fiscal ou creditícia; será determinada a apresentação de contas mensais, por parte do autor, até que o procedimento se finde; e, será ordenada a intimação do Ministério Público ao mesmo tempo que serão emitidos comunicados às Fazendas Públicas Federal, Estaduais e Municipais.

Nomeado um administrador este deverá comunicar os credores, informando-lhes: data do pedido de recuperação, natureza, valor e classificação do crédito, conforme ensinamentos de Negrão (2018), além disso há que considerar o disposto na súmula 57 do TJ/SP, a qual traz

a impossibilidade de corte de serviços essenciais, como água e luz quando a dívida for anterior ao pedido.

Conclui-se, então, a fase postulatória com o despacho para processamento, iniciando a fase deliberativa, esta por sua vez discutirá sobre os créditos do devedor e seu plano de recuperação judicial.

4.1 Da fase deliberativa e verificação dos créditos

Iniciar-se-á a fase deliberativa abordando a verificação dos créditos do devedor, em seguida, o plano de recuperação judicial e, por fim, a concessão ou não desse benefício. Referente à concessão, os credores decidirão em assembleia, esta convocada a fim de discutir as propostas do devedor e com base nisso aceitar como está ou exteriorizar objeções que julguem necessárias, estas por sua vez, serão analisadas pelo devedor o qual pode concordar modificando o plano.

A verificação dos créditos será responsável pela análise de quem são os credores, qual o valor de seus créditos e qual sua classificação. O procedimento será o mesmo utilizado na falência, contudo, na recuperação judicial servirá para determinação dos legitimados a compor a Assembleia, ao passo que na falência servirá para solver as dívidas na execução concursal.

O administrador nomeado na fase postulatória entrará em ação aqui, na verificação dos créditos, ele será responsável pela publicação da relação provisória de credores constando o valor de seus créditos e a sua classificação.

Elaborada a lista ela será juntada aos autos e em seguida publicada no Diário Oficial, a publicação visa possibilitar a habilitação daqueles que não se encontram na lista e a divergência daqueles que estão na lista, mas encontraram irregularidades referente ao seu crédito ou classificação, esses pedidos deverão ser feitos no prazo de 15 dias, contados da publicação (CAMPINHO, 2018).

Tanto a habilitação quanto a divergência devem ser escritas e não haverá necessidade de confecção por advogado, vez que, serão direcionadas ao administrador judicial. Os requisitos para elaboração de ambos são: constar o nome do credor; endereço para recebimento de notificações; o valor de seu crédito; os documentos que comprovam a dívida; e, a garantia e sua especificação, se houver, tudo conforme previsão do art. 9º da Lei 11.101/05.

O cumprimento desses requisitos é de suma importância, já que, o administrador irá se basear neles para corrigir ou não as divergências apresentadas, os credores só saberão se foi

ou não retificado na republicação da lista, afinal, o administrador não deve uma resposta para cada um que suscita divergência. Será livre o acesso dos documentos que geraram a retificação pelo Ministério Público, sócios e acionistas do devedor (COELHO, 2015).

O prazo da republicação são 45 dias, contados do término dos 15 dias concedidos para habilitação e exposição de divergências. Passados os 45 dias será aberto prazo de 10 dias para que os legitimados impugnem a listagem republicada.

Antes de discorrer sobre a impugnação é importante lembrar que, segundo Coelho (2015), a habilitação pode ser recebida mesmo que intempestiva, sendo denominada retardatária, neste caso haverão as seguintes diferenças: ausência de direito à voto, salvo para créditos trabalhista ou ilíquidos; as custas judiciais serão devidas; as divisões efetuadas não serão revistas; e, não aproveitará o direito aos consecutários.

Continuando a falar sobre a impugnação, os legitimados a fazê-la serão aqueles que manifestaram divergência ou pretensão de se habilitar, entretanto, o administrador judicial não as acolheu. Será o meio judicial de opor-se à relação de credores difundida, sendo assim deverá ser subscrita por um advogado e instruída por petição, documentos que comprovem as alegações e as provas que deseja produzir (COELHO, 2015).

Deferido o pedido, os credores impugnados serão intimados e, dentro de 5 dias devem apresentar contestação, esta também constará os documentos que confirmem a defesa e as provas a serem expostas. Apresentada a contestação intimar-se-á o Comitê e a sociedade recuperando, no prazo de 5 dias. Vencido o prazo será concedido tempo igual ao administrador que dará seu parecer embasado em todos os registros e papeladas da empresa.

A partir do recebimento da análise do administrador as impugnações propostas serão concluídas uma a uma, as que necessitarem de dilação probatória o juiz prosseguirá com os trâmites e as que não precisarem serão julgadas de imediato (CAMPINHO, 2018).

Contra a sentença será cabível agravo. Transitando em julgado o administrador referá a relação de credores, juntando aos autos e, se não houver oposição, o juiz homologa junto ao administrador e no prazo de 5 dias a nova lista será publicada (COELHO, 2015).

Enfim decidido quem são os credores legitimados a participar da Assembleia há que se falar do plano de recuperação judicial, objeto principal do processo de recuperação judicial e do presente trabalho.

4.2 Do plano de recuperação judicial

O plano de recuperação judicial é a parte mais importante do processo, vez que, será responsável pela concessão do benefício da recuperação, deve ser bem elaborado, encorpado com todos os dados que demonstrem a viabilidade da empresa, sua capacidade de reerguimento, cumprindo os princípios da preservação da empresa e da função social. Adiante expor-se-á pormenorizadamente esta etapa.

Todo plano tem uma finalidade, no plano de recuperação judicial esta diz respeito à demonstração de viabilidade da empresa aos credores, ou seja, que ela é capaz de reestruturar-se, saldando suas dívidas. Isto será necessário para que o devedor obtenha aprovação, a qual se baseará na confiança entre as partes, peça fundamental aqui, afinal a lei não obriga o devedor a oferecer garantia real aos seus credores (FAVER, 2014).

O artigo 53 da Lei 11.101/05 estabelece que deferido o pedido de recuperação judicial inicia-se o prazo de 60 dias, improrrogáveis, para que um plano de recuperação seja apresentado e se for intempestivo haverá convalidação da recuperação em falência.

O mesmo artigo impõe que todo plano deve conter o meio de recuperação escolhido e como este será utilizado – indicados no tópico quatro deste trabalho; a viabilidade da empresa; o laudo econômico-financeiro – estes dois expostos no tópico três deste trabalho; e, o cômputo dos bens e ativos do devedor, o qual deverá ser realizado por perito no assunto.

Escolhida a modalidade de superação da crise, observar-se-á as seguintes restrições: os credores que possuem garantia real devem autorizar sua supressão ou substituição; salvo determinação distinta; e, os créditos em moeda estrangeira poderão ser convertidos em moeda nacional, utilizando a taxa de câmbio do dia (CHAGAS, 2018).

Conforme aduzido no artigo 54 da Lei 11.101/05 o recuperando, além das limitações acima, também sofrerá restrição quanto aos créditos de natureza trabalhista, posto que estes devem ser solvidos em até um ano, se vencidos até a data do pedido de recuperação e, referente à salários vencidos nos três meses anteriores ao pedido o prazo será de 30 dias se não ultrapassarem cinco salários-mínimos.

Importante ressaltar que o devedor, nos dois anos de recuperação, não poderá deixar de cumprir as obrigações assumidas sob pena de convalidação da recuperação em falência. Passado esse período, se houver descumprimento, caberá ao credor decidir entre a execução do título ou pedido de falência. Em caso de êxito no cumprimento de todas obrigações em dois anos, o juiz encerra por sentença o benefício (CHAGAS, 2018).

Elaborado o plano de recuperação, conforme Negrão (2018), o devedor deve apresentá-lo ao juiz, este irá analisar o cumprimento dos requisitos formais e, se necessário, determinará a complementação ou requisitará esclarecimentos, feitas as correções, será determinada a publicação de edital informando a existência do plano, o qual poderá sofrer objeções pelos credores em até 30 dias, Campinho (2018) e Pacheco (2013) acrescentam, o credor que fizer a objeção será livre, até a convocação da assembleia, para desistir de sua oposição ou apresentar plano alternativo.

Se nenhum dos credores opor-se ao plano e não se manifestar, considerar-se-á uma aprovação tácita, ou seja, aprovação dos credores sem manifestação, esta é possível porque a lei só exige que a maioria aprove o plano, não impõe que todos expressem sua concordância. A partir do silêncio presumir-se-á que todos aqueles consentiram com o plano como foi apresentado (TOMAZETTE, 2017).

Agora voltando a atenção as objeções, podem ser feitas por qualquer credor, uma vez impugnado o juiz convocará a assembleia de credores para decidir sobre a aprovação ou rejeição do plano de recuperação, se aceito ou rejeitado em parte, feitas as alterações necessárias, o juiz concederá o benefício, em caso contrário, rejeição total, o juiz determinará a conversão da recuperação em falência (CAMPINHO, 2018).

O juiz será legitimado a requerer que a assembleia ocorra, contudo, os credores que tenham 25% do total do crédito de certa classe e o Comitê de Credores podem solicitar ao juiz sua convocação.

Para que a realização seja possível, é obrigatório que o juiz publique edital de chamamento, com antecedência de 15 dias no órgão oficial e jornais de grande circulação. No referido edital deverá constar o local, o dia e a hora das duas realizações, a ordem do dia e o local em que os credores podem solicitar cópia do plano de recuperação que será discutido (PACHECO, 2013).

As realizações se dividirão em primeira convocação, a qual os credores devem possuir mais da metade dos créditos de cada classe, sendo indiferente o número de credores por classe e, se o percentual não for alcançado, haverá segunda convocação, esta contará com qualquer número de credores. Se for necessária a segunda chamada, é imprescindível que haja prazo de 5 dias entre uma e outra (CHAGAS, 2018).

Relativo as classes de credores, o artigo 41 da Lei de Recuperações, determina que são quatro, dos titulares de créditos de natureza trabalhista, de créditos com garantia real, de créditos quirografários com privilégios ou subordinados e os titulares de créditos caracterizados como micro ou pequena empresa.

O administrador judicial será o responsável por presidir a assembleia, se impossibilitado, o credor com o maior crédito o substituirá, qualquer que seja o presidente, este deverá nomear um secretário, o qual será um credor também e responsável por lavrar ata contando tudo o que ocorrer na assembleia, além de constar os nomes dos presentes e suas assinaturas e todos os assuntos objeto de deliberação. Esta ata será entregue ao juiz juntamente com a lista de presença (CHAGAS, 2018).

A votação será executada com os credores presentes, os quais vão deliberar sobre todos os assuntos impugnados. Se um credor não puder comparecer ele pode, com 24 horas de antecedência, apresentar procuração com poderes especiais para o administrador judicial, sua substituição pode ser por mandatário ou representante legal. E falando em representação é importante ressaltar que os sindicatos podem representar os credores de natureza trabalhista que não puderem comparecer, desde que avisado ao administrador 10 dias antes (CHAGAS, 2018).

Os votos se divergem de acordo com a classe de credores, no caso dos créditos trabalhistas e de micro e pequenas empresas a aprovação se dará por maioria simples, ou seja, 50% mais um dos presentes, já os credores quirografários e com garantia real a aprovação será por maioria absoluta, logo é possível por 50% mais um de todos os credores destas classes (NEGRÃO, 2018).

Há ainda aqueles participantes que terão direito a voz, mas não a voto, conforme aduz Negrão (2018), pois não sofrer com as alterações que podem ser feitas, Chagas (2018), enumera estes sendo os sócios e sociedades aliadas, sociedades que o devedor ou seu sócio tenha participação de 10% no capital social, o cônjuge e parentes até segundo grau do insolvente ou de seu sócio e os credores previstos nos parágrafos 3º e 4º do artigo 49 da Lei de Recuperações.

Entendida a votação é válido expor as quatro possíveis decisões, a primeira é a aprovação tácita, é quando nenhum credor se manifesta no prazo de 30 dias da publicação do edital; a segunda diz respeito a convocação da assembleia para deliberar sobre o plano porque houve alguma objeção; a terceira quando a assembleia rejeita o plano e o juiz converte a recuperação em falência; e, a quarta e última, quando a assembleia manifesta expressamente sua aprovação ao plano de recuperação (PACHECO, 2013).

Nos dois casos de aprovação, a tácita e a expressa, o devedor terá a obrigação de apresentar certidões negativas de débitos fiscais, vez que o Código Tributário, no artigo 19-A exige prova de quitação tributária como condição para concessão da recuperação judicial. Sendo assim o insolvente deve, imediatamente, providenciar o documento, vez que, o referido

artigo exige a observância do artigo 205, o qual traz no parágrafo único que a repartição tem 10 dias de prazo para entrega da certidão.

Tudo o que foi acima demonstrado refere-se à aprovação assemblar, agora demonstrar-se-á a aprovação judicial, prevista no artigo 58 da Lei de Recuperações, no *caput* o legislador permite que o juiz conceda a recuperação que foi aprovada tacitamente ou por assembleia, sendo esta a regra.

Todavia, há três exceções demonstradas no parágrafo primeiro do mesmo artigo, concernentes ao plano que foi rejeitado a princípio, no entanto obteve voto positivo de credores que possuem mais da metade do valor do total de créditos dos participantes da assembleia, aqui a classe deles é irrelevante.

A outra exceção será possível se das quatro classes de credores, duas aprovarem o plano ou, na presença de apenas duas classes, uma aprovar, o importante aqui é alcançar um mínimo de 50% de aprovação. Por fim, há possibilidade de concessão judicial se a classe que rejeitou o plano obtiver voto favorável de mais de 1/3 dos credores, respeitando as regras de aprovação por maioria simples ou absoluta.

O parágrafo 2º ainda acrescenta que tais exceções serão aceitas somente se a classe de credores que rejeitou o plano de recuperação apresentado não sofrer prejuízos a partir de sua concessão judicial.

A última exceção que foi esclarecida acima é interpretada por Negrão (2018) como o *cram down* brasileiro, por ser um instrumento importado do sistema norte-americano, o qual permite que o juiz imponha a aprovação e concessão do benefício da recuperação aos credores que não aprovaram o plano, mas este foi admitido pela maior parte dos credores.

Enfim, observados todas imposições legais e respeitado os trâmites processuais, o juiz homologará, observando a adequação das cláusulas com a legislação por meio do controle de legalidade, o plano de recuperação por sentença concessória do benefício, tornando o devedor obrigado a cumprir o plano como foi aceito, ignorando sua forma original, caso tenha sofrido alterações. (CHAGAS, 2018).

4.3 Dos órgãos da recuperação judicial

Ao explicar sobre o plano de recuperação judicial foram apresentados os órgãos componentes do processo de recuperação, a assembleia geral de credores, o comitê de credores e o administrador judicial, neste tópico explicar-se-á, pormenorizadamente, sobre cada um deles para melhor compreensão do tema.

Importante pontuar que esses órgãos são necessários ao processo por este ser composto de muita complexidade, o processo requer detalhamento de informações e contém muitas pessoas físicas e jurídicas envolvidas, em vista disso criou-se os três órgãos para auxiliar o juiz (COELHO, 2015).

A Assembleia de Credores é o mais importante órgão, pois responsabiliza-se por aprovar, reprová-lo ou modificar o plano de recuperação judicial, instalar o Comitê e nomear seus membros, deliberar sobre matéria que atinja interesse coletivo, indicar gestor judicial e expressar-se quanto ao pedido de desistência do processo de recuperação (MAMEDE, 2018).

As manifestações da Assembleia serão com base na vontade da maioria dos credores de cada classe, uma vez que, nem sempre será possível satisfazer os anseios de todos os credores.

Para convocar a assembleia serão legítimos o juiz, nos casos legais ou quando considerar necessário e os credores que representem ao menos 25% do total da dívida. O chamamento se dará por meio de edital e jornais de grande circulação, além de serem afixados na empresa em recuperação, com antecedência de 15 dias, na descrição deve constar o local, data e hora de realização da Assembleia, bem como, o local de retirada de cópias dos documentos que passarão por votação (COELHO, 2015).

Na primeira convocação da Assembleia é necessária a presença de credores suficientes para completar 50% do total dos créditos por classe, se não for possível será convocada nova Assembleia com intervalo de cinco dias, no mínimo, e desta vez independará o número de credores. Para o chamamento e a realização das assembleias, salvo se requerida pelo comitê, serão pagas pelo devedor.

Em regra, as assembleias serão presididas pelo administrador judicial, o qual escolherá um secretário entre os credores presentes. A exceção se dará quando a deliberação for relativa ao afastamento do administrador ou este for incompetente para presidi-la, momento em que nomeia-se credor com o maior crédito entre os presentes para presidir o ato (MAMEDE, 2018).

Tudo o que foi debatido em assembleia será reduzido a termo em ata, constando inclusive, o nome de todos os presentes e assinatura do presidente, secretário, devedor e dois credores de cada classe. Devendo juntar aos autos além da ata a lista de presença, no prazo de 48 horas da realização (COELHO, 2015).

Explicado o funcionamento da assembleia, falar-se-á dos legitimados a participar desta. Mamede (2018), esclarece, salvo quando houver segredo de justiça, qualquer pessoa

pode assistir as assembleias, sem obrigação de chegar no horário, no entanto não são todos que participaram das discussões e deliberações.

Poderão participar os credores que foram admitidos ao processo de recuperação por determinação judicial ou que se habilitaram, devendo seu nome estar presente no quadro geral de credores ou na última lista publicada pelo administrador ou na relação apresentada pelo devedor, além disso devem estar sujeitos aos efeitos da recuperação. Participarão, inclusive, aqueles que apresentaram seu crédito ao administrador judicial. Todos estes vão ter direito a voz e voto em Assembleia (COELHO, 2015).

Esses credores deverão respeitar o horário previamente estabelecido, pois todos assinarão uma lista de presença, a qual encerra-se com o início das tarefas da assembleia, os atrasados somente assistirão ao evento, não podendo opinar nem votar. É válido lembrar que a lista só se encerrará no horário marcado para iniciar as atividades, nem antes nem depois.

Relativo ao voto dos credores será correspondente ao valor de seu crédito, salvo os créditos de natureza trabalhista, estes vão valer um voto por credor, isso ocorre afim de evitar funcionários com maiores salários se sobrepondo àqueles com salário inferior (MAMEDE, 2018).

Agora discutir-se-á sobre quem são os credores sem direito a voto, Coelho (2015), diz serem os possuidores de créditos constituídos após o pedido de recuperação ser solicitado, familiares consanguíneos ou afins até segundo grau, sócios, acionistas, pessoas jurídicas coligadas, controladas ou controladora da sociedade em recuperação, quem tenha mais de 10% do capital social da empresa recuperanda ou sociedade em que a devedora participe com este percentual.

Além deste há ainda os que não participam das assembleias, são os credores com obrigações gratuitas, com crédito constituído após a solicitação de recuperação, credores fiduciários, arrendatários mercantis, vendedores de imóveis cujo contrato contenha cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade e os bancos cujos créditos objetivem adiantamento para exportação. Não participam porque não se submetem aos efeitos da recuperação judicial (COELHO, 2015).

No tocante às deliberações, a assembleia se dividirá em cinco instâncias, sendo quatro instâncias classistas, a primeira composta por titulares de créditos trabalhistas, a segunda por credores com garantia real, a terceira pelos credores quirografários, com privilégio e subordinados, por fim, a quarta constituída por micro e pequenos empresários. Essas instâncias vão deliberar sobre assuntos escolhidos pela mesa diretora (MAMEDE, 2018).

A quinta instância é o plenário da assembleia, que é subsidiário, vez que caberá a este julgar tudo o que não for concernente à constituição do Comitê e ao plano de recuperação judicial. Os votos aqui serão computados conforme o crédito de cada credor, sendo necessária aprovação pela maioria dos membros, sem distinção de classes (COELHO, 2015).

Finalmente, é importante lembrar o quórum geral de votação sempre será calculado conforme o valor dos créditos de cada credor componente da instância que está realizando a deliberação. Haverá apenas uma exceção, no momento de votação do plano de recuperação, o qual exige quórum qualificado, ou seja, aprovação por mais da metade dos presentes, os quais devem somar mais da metade do passivo dos créditos de cada classe, salvo os credores trabalhistas que tem todos os votos valendo um (COELHO, 2015).

O outro órgão da recuperação judicial é o comitê de credores, este órgão é facultativo, motivo pelo qual só será formado quando se tratar de macroeconomia ou envolver grande complexidade no passivo da atividade (MAMEDE, 2018).

O comitê será criado se uma ou mais classes de credores considerarem necessário e julgarem que a empresa tem condição econômica suficiente para arcar com a instalação e funcionamento deste órgão. Além disso, as classes devem eleger os membros do comitê, sendo um titular e dois suplentes, de primeiro e segundo grau, por classe de credores. Se os credores não hierarquizarem os suplentes será de acordo com o valor do crédito de cada um.

Para substituir algum membro do comitê basta peticionar ao juízo competente solicitação de alteração constando qual é ou são os substitutos, não sendo necessária a convocação de assembleia para deliberação (COELHO, 2015).

Compete ao comitê de credores fiscalizar o administrador judicial e a empresa em recuperação antes e depois da concessão do benefício, por esse motivo o comitê tem acesso livre a todas as informações da empresa, inclusive confidencialidades, neste caso é imprescindível completo sigilo dos membros do comitê (COELHO, 2015).

Verificando alguma irregularidade é dever notificar o juiz por meio de requerimento fundamentado com as soluções cabíveis. A fiscalização inclui o recebimento de reclamações referentes à sociedade devedora, obrigando-se a investigar e demonstrar soluções pertinentes para sanar o problema.

É de responsabilidade do comitê emitir parecer mensal ao juiz, esclarecendo tudo o que ocorreu, quais os problemas foram encontrados, se foram resolvidos e como o fizeram, se algum interessado juridicamente fez alguma reclamação e qual providencia foi tomada (MAMEDE, 2018).

Coelho (2015), acrescenta mais duas competências atípicas ao comitê, sendo a apresentação de plano de recuperação alternativo que demonstre maior viabilidade, apontando as diferenças do plano do devedor.

E a competência administrativa, a qual só será exercida quando o juiz afastar o administrador da empresa, momento em que o comitê passará a cuidar da alienação dos bens e das dívidas, subornando ao juiz todas as decisões. Esta competência cessará com a aprovação do plano de recuperação.

Muito importante frisar que o comitê só irá agir em conjunto, sendo assim, qualquer ato só será legítimo se passado por deliberação e aprovado pela maioria. Terá direito a voto somente um dos representantes de cada classe, se presente o titular será este, na sua ausência o primeiro suplente, seguindo a hierarquia. Lembrando-se que não é necessário que todas as classes de credores tenham elegido seus representantes (MAMEDE, 2018).

Todas as reuniões para deliberações pelo comitê serão reduzidas em livro de atas, o qual será assinado pelo juiz e poderá ser examinado pelos credores, pelo administrador judicial ou, ainda, pela sociedade devedora.

Se houver negligência por parte de algum membro do comitê este será deposto da função pelo juiz e se for praticado por todo o comitê este será desfeito também pelo juiz de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou interessado juridicamente (COELHO, 2015).

Devido a complexidade do processo de recuperação judicial criou-se a figura do administrador judicial, pessoa de confiança do juiz, nomeado por este no momento do despacho que aprova o processo, com objetivo de auxiliá-lo, presidindo a Assembleia, verificando os créditos da empresa e fiscalizando-a, na falta de Comitê, além daquelas funções também exercerá as do Comitê (MAMEDE, 2018).

O administrador terá suas funções ampliadas se o juiz decidir pelo afastamento dos dirigentes da empresa em recuperação, tendo total controle da empresa, tomando todas as decisões necessárias para que a empresa continue funcionando, isto cessará quando o juiz eleger um gestor judicial (COELHO, 2015).

É elementar que o administrador nomeado seja pessoa idônea que exerça, de preferência, a profissão de advogado, contador, economista, administrador ou pessoa jurídica especialista em administração para sociedades em recuperação.

São impedidos de exercer esta função quem a exerceu a cinco anos de forma negligente ou compôs comitê de credores e deste foi afastado, não prestou contas ou prestou

contas, mas foram reprovadas. Neste rol inclui-se, ainda, os familiares até terceiro grau, amigos, inimigos ou dependentes dos diretores da sociedade (COELHO, 2015).

Após nomear o administrador este deverá, em 48 horas, assinar o termo de compromisso em juízo, se não o fizer como a lei impõe será substituído pelo juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou algum credor. Recebendo solicitação de troca do administrador o juiz decidirá em 24 horas sobre mantê-lo ou não, cabendo caberá agravo de instrumento nesta decisão, vez que é interlocutória (MAMEDE, 2018).

Decidido o administrador judicial há que se falar adiante da fase executiva, a última do processo de recuperação judicial, abordando os efeitos que a concessão deste benefício irá gerar, bem como sobre o encerramento do processo.

4.4 A fase executiva

No tópico acima foi dito que com a concessão da recuperação através de decisão judicial o devedor fica obrigado ao plano como está e não mais nas antigas condições, caso tenha sofrido alguma alteração. Neste tópico falar-se-á dos efeitos que a decisão produzirá, bem como do encerramento processual.

A sentença concessiva será capaz de produzir cinco efeitos, enumerados por Negrão (2018) da seguinte maneira: novação dos créditos anteriores ao pedido, sujeição do devedor e credores ao plano como foi aprovado, constituição de título executivo, alienação judicial de acordo com o artigo 142 da Lei de Recuperações e a publicidade do estado da empresa em recuperação.

Referente à novação entende Chagas (2018), ser o instituto responsável pela substituição do crédito antigo pelo novo, o qual foi votado em assembleia, como consequência haverá a extinção das ações e execuções suspensas, aquelas porque o plano as abrange, motivo pelo qual as ações não abordadas pelo plano voltarão aos trâmites normais e as execuções porque a novação é considerada uma quitação das dívidas anteriores à concessão do benefício.

Face à novação podem existir três circunstâncias: o devedor pode cumprir todas as obrigações novadas aproveitando as vantagens conferidas a ele; pode descumprir alguma obrigação novada no prazo de dois anos, ocasionando a convolação da recuperação em falência e a reconstituição do crédito à forma originária; e, pode deixar de cumprir a obrigação após os dois anos, cabendo ao credor a decisão sobre a execução ou pedido de falência do devedor, neste caso mantendo o crédito novado (CHAGAS, 2018).

É válido abordar, mesmo que brevemente, a sujeição dos credores e devedor ao plano, posto que nos artigos 187, parágrafo único do Código Tributário e 49 §§ 3º e 4º da Lei 11.101/05 são excepcionados determinados credores, ou seja, todos os credores, salvo aqueles, deverão se submeter ao estabelecido no plano de recuperação, bem como o devedor.

Outro efeito diz respeito à constituição de título executivo judicial, vez que, a partir da sentença concessiva do benefício da recuperação judicial esta se torna título passível de execução, caso vencido o prazo de dois anos e o devedor deixe de cumprir com as obrigações este será o meio de requerer a efetivação da sentença (NEGRÃO, 2018).

A alienação dos bens pode ser parcial ou total, por meio de leilão, pregão, propostas fechadas, trepasse, arrendamento, venda dos bens, filiais ou unidades, enfim, tudo conforme a vontade do devedor somada a aprovado pelos credores ou por decisão judicial, esta última só será possível após consultado o Comitê de Credores (CHAGAS, 2018).

Por fim, produzir-se-á efeito referente a publicidade do estado de recuperanda da empresa que obteve o benefício, a qual é obrigatória e deve ser anotado no registro da empresa no Registro Público de Empresas Mercantis, o intuito da vasta publicidade é demonstrar a boa-fé para com futuros negociadores, preservando seus direitos, além disso serve de marco temporal para contagem do prazo para recurso (CAMPINHO, 2018).

Produzidos todos os efeitos é hora de encerrar o procedimento, o qual será findo após o prazo de dois anos da concessão da recuperação, com a condição de que o devedor tenha adimplido todas as obrigações (CAMPINHO, 2018).

A sentença que decretar o encerramento do benefício também estabelecerá as custas judiciais a serem recolhidas; a entrega do relatório referente a execução do plano elaborado pelo administrador judicial, em 15 dias; o pagamento dos honorários do administrador, de acordo com sua prestação de contas e a aprovação do relatório apresentado, no prazo de 30 dias; e, a comunicação ao Registro Público de Empresas Mercantis para que cancele a anotação referente a situação da empresa, vez que foi sessada, além disso determinará a cessação do Comitê de Credores e dispensará o administrador judicial. Feito isso a sentença transitará em julgado (CHAGAS, 2018).

5 APLICAÇÃO DO *CRAM DOWN* NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Finda explanação sobre o instituto da recuperação judicial e de seu processamento, falar-se-á da possibilidade de intervenção pelo juiz na aprovação do plano de recuperação judicial, utilizando-se do *cram down*.

O instituto do *cram down* é um mecanismo importado pela legislação nacional do sistema norte-americano, sendo uma ferramenta inovadora para o direito brasileiro, pois em regra se o plano de recuperação judicial for reprovado por alguma classe de credores o juiz convolará a recuperação em falência imediatamente, com o *cram down* surge a possibilidade de superação do veto (MELO, 2014).

Com a superação do veto o magistrado estará impondo o plano de recuperação aos credores que o negaram e para impossibilitar a manipulação envolvendo interesses subjetivos torna-se imprescindível o cumprimento dos seguintes requisitos, avaliação da viabilidade do plano, o qual deve ser justo e equitativo e a ausência de injusta discriminação entre os credores.

O primeiro requisito, viabilidade do plano, diz respeito a avaliação objetiva do magistrado para identificar as reais chances de soerguimento da empresa por meio do plano apresentado pelo devedor. O segundo, plano justo e equânime, refere-se a igualdade de tratamento entre todos os credores, independente da classe que componham, ao contrário do terceiro requisito, o qual veda a discriminação injusta entre os credores da mesma classe, não sendo possível conceder benefícios a um ou outro credor que componham uma mesma classe (AMANCIO, 2017).

Esses requisitos vêm para garantir que não haja abuso de direito por parte do devedor no momento da elaboração do plano ou pelo juiz ao utilizar-se do *cram down*, o qual visa tutelar os princípios da função social e da preservação da empresa que são as bases desse instituto, eles são violados quando os credores negam o plano com base em interesses pessoais, sem primar pela supremacia do interesse público (BARBOSA, 2017).

Trazendo para a legislação brasileira esse instituto está previsto no artigo 58 da Lei n. 11.101/05, o qual prevê todos os requisitos acima mencionados, vez que traz a possibilidade de intervenção judicial para aprovação do plano de recuperação se, respeitado quórum alternativo imposto, e o plano for viável economicamente com grandes chances de soerguimento, sendo a decisão exclusiva do juiz (AYOUB; CAVALLI, 2017).

No parágrafo segundo há outro requisito, o tratamento equitativo entre os credores, sem distinguir os que aprovaram ou reprovaram o plano de recuperação, sendo esta a

condição para permitir intervenção judicial, já que os credores contrários ao plano tiveram suas motivações (SALOMÃO; SANTOS, 2017).

Referente ao quórum supramencionado, o parágrafo 1º do artigo 58 da Lei n. 11.101/05 apresenta em seus incisos a necessidade de haver, cumulativamente, voto favorável de credores portadores de mais da metade do total de créditos; aprovação de duas das quatro classes de credores ou, havendo só duas, de uma delas; e, a classe de credores que rejeitou o plano deve contar com 1/3 de votos favoráveis.

Em regra, o juiz está adstrito ao preenchimento de todos os requisitos legais para poder intervir na aprovação do plano de recuperação, conforme Amancio (2017) demonstra. No entanto, a quarta turma do Superior Tribunal Federal vem entendendo não ser necessário cumprir todos os requisitos para aplicação do *cram down*, com base no princípio basilar da recuperação judicial, a preservação da atividade empresarial, posicionamento que será exposto adiante.

5.1 Divergências jurisprudenciais referentes a concessão do *cram down*

Entendidas as normas regentes do instituto do *cram down* é importante apreciar as decisões e entendimentos dos tribunais acerca deste assunto, vez que, há divergências a respeito da sua aplicação e do cumprimento de todos requisitos para a intervenção ser legítima.

Gomes (2017) bem explica que essas divergências jurisprudências geram insegurança jurídica tanto aos credores quanto aos devedores, pois o resultado passa a depender do entendimento subjetivo de cada magistrado referente ao instituto e o que veio para melhorar e auxiliar o processo recuperacional pode se tornar uma dúvida maléfica às partes, já que não saberão se o plano reprovado assim se manterá ou se o juiz o aprovará.

Eis que surge a primeira divergência deste trabalho, no momento em que o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso que solicitava, dentre outros pedidos, o afastamento do *cram down* pautado no não cumprimento do quórum alternativo, logo diferenciando o tratamento entre credores. A decisão foi negativa no sentido de que o agravante só recorreu da sentença proferida por juízo *a quo* por seu exclusivo interesse econômico, não se importando com a sobrevivência da empresa, como pode se verificar a seguir:

[...] Pondera-se que o deságio, carência semestral, correção pela TR, juros de 0.5% ao mês e a dilação (60 meses) previstas no plano não se mostram abusivas, em especial, diante da expressiva concordância dos credores, com exclusão do apenas

do recorrente. Tratam-se de indicativos que não atingem o limite do excesso e mostram-se compatíveis com previsões já submetidas à esta Corte no controle de legalidade de outras recuperações judiciais. Resta a análise acerca da extensão da novação aos coobrigados e liberação de garantias, matérias que amparariam o voto de rejeição, nos termos dos arts. 49 e 59 da LREF. Ocorre que, após a realização do conclave, a recuperanda manifestou-se desistindo da previsão contida no plano acerca da impossibilidade de ajuizamento ou prosseguimento das ações contra coobrigados, nos termos do disposto no art. 49, § 1º da Lei n. 11.101/2005 (fl.204), o que restou homologado na r. decisão recorrida. Neste ponto, portanto, ausente interesse recursal. Acerca da liberação das garantias, o plano assim dispôs: “após o pagamento de todos os credores nos termos e valores previstos no plano, os respectivos créditos serão considerados integralmente quitados, com a consequência liberação de todas e qualquer garantias remanescentes” (fl. 148). Portanto, ao contrário do que defende o recorrente, trata-se de decorrência lógica da quitação e não violação ao disposto no art. 59 Ou seja, não há ilegalidades previstas no plano a amparar a recusa do agravante. Assim, apenas permanece sujeito ao controle de legalidade a inobservância do quórum para a concessão da recuperação à agravada ante o voto contrário do agravante e, neste ponto, ante as considerações já mencionadas, reconhece-se a abusividade do voto de rejeição. A recuperanda comprovou nos autos por meio de certidões negativas ou positivas com efeito de negativas, sua solidez, inexistência de passivo trabalhista ou fiscal. Além disso, a justificativa do agravante para a rejeição do plano pauta-se em seu exclusivo interesse financeiro. Mantendo-se a declaração de abusividade do voto de rejeição do agravante, não se verifica qualquer violação ao princípio da legalidade na r. decisão de concessão da recuperação judicial à agravada [...]. (TJ/SP. Agravo de Instrumento nº 2089041-22.2015.8.26.0000. Relator: Ricardo Negrão. Data do julgamento: 02/12/2015).

Importante esclarecer que o abuso de voto ocorrerá quando houver uma classe de credores composta por uma pessoa e esta reprovar o plano de recuperação afim de prejudicar a formação do quórum qualificado. Sobre isso o Enunciado n. 45 da I Jornada de Direito Comercial traz que o magistrado tem faculdade para desprezar voto ou protesto em virtude de serem abusivos.

Voltando ao acórdão supracitado, aquele objetivou a sobrevivência da empresa acima do interesse da agravante, vez que, traz um precedente dizendo ser possível a relativização dos requisitos de aplicação do *cram down* se a maioria dos credores, expressamente, optar pela aprovação do plano, mesmo que o quórum qualificado não seja alcançado.

Contrariando o entendimento acima o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu decisão afastando a aplicação do *cram down*, com base na inobservância do quórum qualificado exigido pela lei, conforme disposição a seguir:

[...] Presentes à Assembleia todos os credores submetidos à recuperação judicial, o plano foi aprovado pela unanimidade dos credores trabalhistas (R\$ 16.429,00 fl. 472) e por 36% dos credores quirografários (3 votos, por cabeça), representativos de crédito no valor de R\$ 721.995,00, rejeitado, nesta classe, por 64% dos credores, representativos de crédito no valor de R\$ 1.280.943,47 (3 votos, por cabeça Banco do Brasil S/A, Bradesco S/A e Caixa Econômica Federal S/A). O Administrador Judicial, diante do quórum obtido, pediu a concessão da recuperação judicial, com fundamento no art. 58 da Lei nº 11.101/2005. [...] Sucede que, ao contrário do que foi consignado na decisão agravada, o plano de recuperação judicial foi rejeitado por três credores quirografários Banco Bradesco, Banco do Brasil S/A e Caixa Econômica Federal, que, juntos, titularizam crédito no valor de R\$ 1.280.943,47 (fls.

470/473), sendo certo que, na recuperação judicial, foi anotado valor total da dívida em R\$ 2.019.367,47 (fls. 472/473), presentes todos os credores na Assembleia. Não obstante a decisão tenha aplicado *cram down*, a concessão da recuperação judicial, nesta hipótese, está condicionada ao cumprimento cumulativo dos requisitos previstos no art. 58 da Lei nº 11.101/2005 [...] Daí se vê que a aplicação do *cram down* ocorre em situações excepcionais em virtude dos requisitos legais taxativos, o que sugere, como desiderato da Lei nº 11.101/2005, limitações ao poderes do juiz no seu emprego [...] Conquanto o plano tenha sido aprovado pela unanimidade dos credores trabalhistas (Classe I), houve a rejeição dos credores quirografários (Classe III), rejeição que representou 64% do crédito presente à Assembleia. Logo, não se cumpriu o requisito previsto no art. 58, § 1º, inc. I, da Lei nº 11.101/2005, o que impossibilitava a aplicação do *cram down*, ausente, ademais, qualquer indicativo de abusividade no voto manifestado por três instituições financeiras, considerando-se a garantia à soberania assemblear. [...] Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso para, afastado o *cram down* [...] (TJ/SP. Agravo de Instrumento nº 2120128-25.2017.8.26.0000. Relator: Alexandre Marcondes. Data do Julgamento: 10/12/2018).

Neste recurso nota-se que a Colenda Câmara objetivou a preservação da atividade empresarial, bem como o acórdão anterior, entretanto, nesta decisão a aplicação do *cram down* foi julgada ilegal, visto que o quórum qualificado não foi respeitado e os julgadores seguem rigidamente o texto legal.

Reforçando o primeiro acórdão, do relator Ricardo Negrão, sabiamente Ayoub e Cavalli (2017), dizem não haver viabilidade em trabalhar o plano individualmente com cada credor, sendo justificável fazê-lo com cada grupo de credores que possuem os mesmos interesses, abrindo margem para interpretação de que entre as classes pode existir divergência quanto ao tratamento, mas entre os credores das mesmas não.

Já em contraposição Faver (2014) diz ser o *cram down* brasileiro um sistema legalista e fechado, ou seja, o juiz é obrigado a seguir o texto da lei, respeitando as regras estabelecidas para tomar decisões, fica claro que o posicionamento do segundo acórdão, do relator Alexandre Marcondes segue esta ótica.

Desta forma, percebe-se que o artigo 58 não restringiu sua interpretação, sendo livre a cada magistrado escolher qual posicionamento seguir, a partir dos princípios que em sua concepção considera mais justo. Isso pode, inclusive, ser visto como uma falha do poder legislativo, vez que gera insegurança jurídica tanto aos credores quanto aos devedores.

Em prova da liberdade dos magistrados a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial, firmou entendimento dizendo ser desnecessário o cumprimento de todos os requisitos previstos no artigo 58 para que o *cram down* possa ser utilizado, devendo o julgador atentar-se à preservação da empresa sobre o interesse da minoria dos credores.

[...] De fato, a manutenção de empresa ainda recuperável deve-se sobrepor aos interesses de um ou poucos credores divergentes, ainda mais quando sem amparo de

fundamento plausível, deixando a realidade se limitar à fria análise de um quórum alternativo, com critério complexo de funcionamento, em detrimento da efetiva possibilidade de recuperação da empresa e, pior, com prejuízos aos demais credores favoráveis ao plano. Aliás, especificamente com relação ao inciso III do art. 58, justamente o da presente hipótese, a previsão de aprovação apenas com mais de 1/3 (um terço) dos credores pode agravar o problema do comportamento oportunista dos agentes ao diminuir as chances do juiz impor o plano quando identificar esse tipo de conduta. Vale lembrar que "credores bem classificados na falência - aqueles com garantia real, por exemplo -, podem preferir a liquidação imediata da empresa ao invés da sua recuperação, mormente quando os ativos do devedor bastarem para pagar o seu crédito, ficando o juiz, em princípio, sem margem de manobra, caso tais credores sejam titulares de mais de 1/3 dos votos da classe" (SCALZILLI, João Pedro. ob.cit, p. 402). [...] No presente caso, restaram preenchidos os requisitos dos incisos I e II do art. 58 e, no tocante ao inciso III, o plano obteve aprovação qualitativa em relação aos credores com garantia real, haja vista que recepcionado por mais da metade dos valores dos créditos pertencentes aos credores presentes - "presentes 3 credores dessa classe o plano foi recepcionado por um deles, cujo crédito perfaz a quantia de R\$ 3.324.312,50, representando 97,46376% do total dos créditos da classe, considerando os credores presentes" (fl. 130), contudo, não alcançou a maioria quantitativa, já que recebeu a aprovação por cabeça de apenas um credor, apesar de quase ter atingido o quórum qualificado (obteve voto de 1/3 dos presentes, sendo que a lei exige "mais" de 1/3). Assim, numa interpretação teleológica e finalista da norma, o intuito de salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos, penso que a aprovação do plano foi realmente a melhor medida.[...]. (STJ. Recurso Especial: REsp nº 1.337.989 – SP 2011/0269578-5. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 08/05/2018).

Diante o exposto nota-se a amplitude do artigo 58, o qual permite variadas interpretações, sem que seja considerado ilegal. O mais interessante disso é que independente da forma como foi aplicado, seu objetivo de manter a sociedade empresária em funcionamento é visivelmente eficaz

A fim de confirmar essa eficácia, é válido apresentar decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

[...] Foi clara a decisão ao referir que descabe penalizar a recuperanda com base em formalismo excessivo e rigoroso, eis que por muito pouco não atingiu o quórum de 33,3%. Conforme asseverado, os efeitos resultantes da convalidação em falência da parte agravada importariam na demissão de mais de mil e quinhentos colaboradores, indo de encontro aos princípios da preservação e da função social da empresa. Nesse sentido, oportuno destacar que o instituto da recuperação judicial foi criado com o intuito de propiciar ao devedor a superação de dificuldades econômico-financeiras, visando à preservação da empresa e evitando os negativos reflexos sociais e econômicos que o encerramento das atividades poderia causar [...]. (TJ/RS. Embargos de Declaração nº 70079445565. Relator: Jorge André Pereira Gailhard. Data do Julgamento: 28/11/2018).

Esta decisão certifica que o instituto do *cram down* tem a função de reerguer empresas, sendo assim interpretado pela maioria dos julgadores. É benéfica tal perspectiva, pois além de cumprir os princípios que regem a recuperação judicial, dá ao devedor mais uma esperança, permanecendo a falência como *ultima ratio*, em vista de todos os seus prejuízos sociais.

Percebendo isso o Poder Executivo elaborou o Projeto de Lei 10.220/2018, o qual, dentre outras alterações, objetiva modificar o artigo 58 da Lei n. 11.101/05 flexibilizando sua aplicação com a retirada do requisito que exige aprovação dos credores detentores de mais de 50% do total dos créditos. Além disso, assegura ao credor contrário ao plano que seu crédito não seja sacrificado em proporção maior do que seria em caso de falência.

Entretanto, contrário ao entendimento dos tribunais quanto a sobrevivência da empresa, o autor do Projeto de Lei pretende criar o artigo 58-B, o qual diz que se o plano for rejeitado ou deixar de cumprir algum dos requisitos legais haverá a convolação da recuperação judicial em falência pelo juiz, restringindo a interpretação do referido artigo enrijecendo-o, e depreciando os princípios da função social e preservação da empresa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho foi demonstrar por meio de jurisprudências como os tribunais vêm decidindo sobre a aplicação do *cram down* quando o quórum qualificado não é cumprido. A partir da análise jurisprudencial, doutrinária e entendimento do STJ constata-se que os magistrados, predominantemente, buscam flexibilizar os termos do artigo 58, §1º afim de efetivar os princípios da função social e preservação da empresa.

Por mais que a doutrina brasileira fale pouco do tema, é evidente a importância do instituto do *cram down*, já que possibilita que o juiz sane as lacunas da lei interferindo para a sobrevivência da empresa, a qual é responsável pela circulação de riquezas no país.

A recuperação judicial foi criada com o intuito de manter no mercado as empresas viáveis e o instituto do *cram down* foi importado justamente para criar mais um mecanismo que preze pela vida da empresa. Todavia, as omissões da lei deixam dúvidas no momento de sua aplicação, tornando-a subjetiva, gerando insegurança e confusão jurídica.

Logo, requer seja reformado o artigo urgentemente, estabelecendo que o quórum qualificado seja exemplificativo ou então torne-o mais flexível, pois mesmo com o projeto de lei a vida da empresa não está em primeiro lugar, afinal o artigo 58-B impõe a falência se todos os requisitos não forem cumpridos.

A partir disso fica a dúvida, o instituto do *cram down* veio para auxiliar ou não a empresa que passa por crise, porque se seu objetivo é ajudar no soerguimento deveria flexibilizar os requisitos, os quais seriam analisados caso a caso, e não enrijecer sua aplicação, vez que, conforme foi demonstrado, é possível que haja abuso de voto de credores com maior crédito da classe ou que são o único componente de tal classe.

O que torna mais incompreensível o projeto de lei é ser majoritário entre os doutrinadores e tribunais a ideia da supremacia da empresa sobre os interesses individuais dos credores, ou seja, se os aplicadores e interpretadores do direito veem que a vida da empresa deve prevalecer, já que este é o intuito do pedido de recuperação e não falência, por qual razão o autor do projeto sugere um artigo tão severo.

Caso o projeto venha a ser aprovado, futuramente, é muito válido elaborar pesquisas avaliando o desempenho e efetividade do instituto do *cram down*, atentando-se ao número de empresas que tem a falência declarada por falta de cumprimento de algum dos requisitos do artigo 58-B.

O legislador deve, impreterivelmente, ter como base os princípios da função social e da preservação da empresa para elaborar uma lei abrangente e flexível para aplicação do *cram*

down, afinal, a aplicação deste instituto requer que sejam analisados os requisitos objetivos da viabilidade do plano e se existe algum tratamento desigual entre credores da mesma classe ou de classe diversa, de acordo com o demonstrado no último capítulo.

Além disso, o instituto do *cram down* é muito complexo para se resumir em um ou dois artigos, é necessário que o legislador elabore um sistema íntegro e bem estruturado que acolha o máximo de dúvidas que os aplicadores do direito podem vir a ter, pois é válido pensar que o abuso pode existir por parte do magistrado também, que na dúvida pode fazer uso desta ferramenta imoderada e irresponsavelmente.

Enfim, o jurista já se prende a avaliações objetivas para superar o veto, sendo extremamente técnico em sua análise, logo o cumprimento do quórum qualificado deve ser subjetivo a cada caso, tendo acima de tudo um olhar severo para os possíveis abusos de voto, concedendo, assim, uma última oportunidade para as empresas se restabelecerem.

Com isso, as divergências jurisprudenciais diminuiriam, vez que o intuito principal seria a sobrevivência da empresa, a partir da avaliação dos requisitos objetivos que o próprio instituto do *cram down* exige.

A diferença seria referente as condições de cada empresa e do plano apresentado, sendo assim, o devedor que tivesse melhores condições teria certeza de sua recuperação, protegendo-se de abusos de voto dos credores. Sanando a insegurança jurídica referente ao modo de interpretação de cada magistrado, pois uns seguem à risca os requisitos do artigo 58, §1º, outros enxergam que são flexíveis e não necessariamente devem ser cumpridos de forma cumulativa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa** – 27ª ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2013.

ALMEIDA, Amador Paes de. **De 1930 – Curso de falência e recuperação de empresa: de acordo com a Lei n. 11.101/2005**, 22ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

AMANCIO, Guilherme Silva – **O *cram down* e a atuação do juiz na recuperação judicial: uma análise do papel do magistrado sob o pálio da Lei 11.101/2005**. Recife – PE, 2017. Monografia de Bacharelado – Universidade Federal de Pernambuco – Centro de Ciências Jurídicas do Recife. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/24061/1/Projeto%20TCC%20-%20Cram%20Down%20-%20Guilherme%20Amancio%20N10%202017.2.%20revisado.pdf>. Acesso em 15 de mai. 2019.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BARBOSA, Analu Peixoto – **Os limites do *cram down*: aplicabilidade do mecanismo no Brasil e implicações da criação da classe IV de credores pela LCP 147/14**. Recife – PE, 2017. Monografia de Bacharelado – Universidade Federal de Pernambuco – Centro de Ciências Jurídicas do Recife. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/24050/1/Analu%20Peixoto%20Barbosa%20-%20Trabalho%20de%20Conclus%C3%A3o%20de%20Curso%20-%20Cram%20Down%20%28Direito%20Empresarial%29.pdf>. Acesso em 22 de mai. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em 29 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 14 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Regula o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em 09 mai. 2019.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa**; prefácio do Ministro Luiz Fux. – 9ª. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado** - 5ª ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado / coordenador Pedro Lenza).

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa** - 16ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

FAVER, Scilio. **Curso de recuperação de empresas** – São Paulo: Atlas, 2014.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas** – 7ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Bruno Yohan Souza – **Ativismo judicial no processo de recuperação judicial: uma nova concordata?** São Paulo - SP, 2017. Dissertação de Mestrado – Fundação Getúlio Vargas, escola de direito de São Paulo. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18400/Vers%C3%A3o%20Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 13 de mai. 2019.

I Jornada de Direito Comercial, enunciado nº 45. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/81>. Acesso em 25 mai. 2019.

Juiz pode aprovar recuperação mediante cram down mesmo sem todos requisitos legais. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI280003,91041-Juiz+pode+aprova+r+recuperacao+mediante+cram+down+mesmo+sem+todos>. Acesso em 10 mai. 2019.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas.** – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018.

MELO, Keylla dos Anjos et al. **Problemas na aplicação do “Cram Down” brasileiro: uma proposta alinhada à teoria de Richard Posner.** 2014. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ef7a3d1d2f039be1>. Acesso em 09 mai. 2019.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa, vol. 3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos** – 12ª. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PACHECO, José da Silva, 1924 – **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PIMENTA, Eduardo Goulart - **Recuperação Judicial de Empresas: caracterização, avanços e limites.** Revista Direito GV, v. 2, n. 1, p. 151-166, 2006 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35219/34019>. Acesso em 28 mar. 2019.

Projeto de Lei nº 10.220/18. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/pro_p_mostrarintegra;jsessionid=4AEC481755183BB66E902EE30D062C85.proposicoesWebExterno1?codteor=1658833&filename=PL+10220/2018. Acesso em 25 mai. 2019.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática.** – 3.ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANTOS, Lisandra Baba dos. **A efetividade da recuperação judicial no ordenamento jurídico brasileiro.** Marília: 2016. Disponível em < <http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1539/TCC%20-%20Lisandra%20Baba%20dos%20Santos.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > Acesso em 20 mar. 2019.

SIERRA, Amanda Queiroz - **As Ordenações do Reino e o Surgimento do Direito Falimentar no Brasil**. THEMIS: Revista da Esmec, 2016, 5.2: 123-135. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/237/228>. Acesso em 21 mar. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp nº 1.337.989 – SP 2011/0269578-5. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 08/05/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1709688&num_registro=201102695785&data=20180604&formato=PDF. Acesso em 24 mai. 2019.

TJ/RS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO nº 70079445565. Relator: Jorge André Pereira Gailhard. Data do Julgamento: 28/11/2018. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70079445565%26num_processo%3D70079445565%26codEmenta%3D8027918++cram+down+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70079445565&comarca=Comarca%20de%20Bag%C3%A9&dtJulg=28/11/2018&relator=Jorge%20Andr%C3%A9%20Pereira%20Gailhard&aba=juris. Acesso em 25 mai. 2019.

TJ/SP. AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 2089041-22.2015.8.26.0000. Relator: Ricardo Negrão. Data do Julgamento: 02/12/2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcorda o=9096924&cdForo=0>. Acesso em 22 mai. 2019.

TJ/SP. AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 2120128-25.2017.8.26.0000. Relator: Alexandre Marcondes. Data do Julgamento: 10/12/2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12074943&cdForo=0>. Acesso em 22 mai. 2019.

TOMAZETTE, Marlon - **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**, v. 3 - 5. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito empresarial** – 7ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.