



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO**

FERNANDA DE SOUZA PORTELA

**O CRAM DOWN COMO MECANISMO DE GARANTIA AO PRINCÍPIO
DE PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Salvador
2019

FERNANDA DE SOUZA PORTELA

**O CRAM DOWN COMO MECANISMO DE GARANTIA AO PRINCÍPIO
DE PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em direito.

Orientador: Prof. Dr. João Glicério de Oliveira Filho
Co-orientador: Prof. Washington Luiz Dias Pimentel Junior

Salvador
2019

FERNANDA DE SOUZA PORTELA

**O CRAM DOWN COMO MECANISMO DE GARANTIA AO PRINCÍPIO
DE PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Monografia apresentada no Programa de Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Aprovada em 10 de dezembro de 2019.

Banca Examinadora

João Glicério de Oliveira Filho – Orientador _____
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Universidade Federal da Bahia

Lara Britto de Almeida Domingues Neves _____
Mestre em Direito dos Negócios pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP)
Universidade Federal da Bahia

Felipe Ventin da Silva _____
Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Universidade Estadual da Bahia

AGRADECIMENTOS

Finalizo esta etapa guardando uma grande certeza: jamais teria conseguido chegar até aqui sozinha. Por este motivo, sinto que devo agradecer àqueles que durante todo o processo estiveram comigo, seja em pensamento, seja, literalmente, ao meu lado, dia após dia.

Agradeço primeiramente a Deus, que me manteve perseverante durante todo o caminho que percorri, dando-me forças para nunca desistir daquilo que acredito.

Aos meus pais, meu porto seguro e fonte inesgotável de amor e cuidado, que durante toda a minha vida foram meus maiores incentivadores. Palavras nunca serão suficientes para expressar toda a minha gratidão.

Ao sempre atencioso Professor João Glicério, meu Orientador, pela paciência, dedicação e, principalmente, por ter me aceitado como orientanda, motivo que muito me orgulha. Obrigada pela confiança.

Ao meu co-orientador, Washington Pimentel Junior, pela valiosa contribuição. Obrigada por ser, também, uma fonte de inspiração profissional.

Aos meus amigos, por todo o suporte emocional. Sem vocês essa caminhada teria sido, com toda certeza, muito árdua. Meus mais sinceros agradecimentos às minhas Marias, Melo e Rocha, por não deixarem de acreditar em mim, nem por um segundo; ao meu trio, Jonatas, Pedro e Diêgo, pelo apoio incondicional; às meninas do NDQ pelo apoio diário; a Fred Viveiros, por toda ajuda e paciência; à Thais Câmara, pela força e incentivo, principalmente nos dias mais difíceis. E àquelas que mesmo de longe se fizeram presentes: Luana, Clara, Amanda, Carol, Amanda, Daniela e Milena.

PORTELA, Fernanda de Souza. **O *cram down* como mecanismo de garantia ao princípio da preservação da empresa.** 80 f. 2019. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicabilidade do *cram down*, instituto originário do sistema falimentar norte-americano, no arquétipo do ordenamento jurídico brasileiro, de modo a garantir o soerguimento da empresa em crise quando há a rejeição do plano de recuperação judicial. Para tanto, apresenta-se a dinâmica na qual o referido instituto está inserido, qual seja, o regime de Recuperação Judicial implementado pela Lei nº 11.101/2005. Neste contexto, apresentam-se os aspectos gerais da Assembleia Geral de Credores e os poderes a ela atribuídos, em especial, no que atine a deliberação sobre o Plano de Recuperação apresentado pelo devedor, peça chave na resolução do colapso econômico-financeiro da empresa. Por fim, abordam-se os limites de atuação do magistrado no processo recuperacional, quando da aplicação do instituto do *cram down* como mecanismo de superação do veto dos credores e, ainda, a importância deste mecanismo na concretização do princípio da preservação da empresa.

Palavras-chave: Recuperação Judicial, princípio da preservação da empresa, *cram down*, controle judicial, plano de recuperação.

PORTELA, Fernanda de Souza. ***Cram down as a guarantee mechanism to the principle of company preservation.*** 80 f. 2019. Monography (Graduate) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

ABSTRACT

This paper intends to analyse the application of cram down, judicial measure created within the American Bankruptcy System, in Brazilian Law as a means of guaranteeing corporate rehabilitation when the reorganization plan has been rejected by the creditors. For this purpose, the study will present the dynamics of reorganization under Brazilian Law, specifically the Reorganization Statute of 2005 (Lei n. 11.105/2005). In this context, this paper will demonstrate the main aspects and powers conceded to the Assembly of Creditors, especially, the power to accept the reorganization plan presented by the company being reorganized, instrumental document in overcoming the business crisis. In the end, this paper discusses the limits of judicial review in reorganization cases when cram down is applied as a mechanism of overruling creditor's resistance to the plan, as well as the importance of cram down in assuring the Legal Principle of Company Preservation.

Keywords: Reorganization, principle of company preservation, cram down, judicial review, reorganization plan.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E OS OBJETIVOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	11
2.1 BREVE PANORAMA DO SISTEMA FALIMENTAR BRASILEIRO.....	11
2.2 CONCEITO DE EMPRESA.....	12
2.3 DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	15
2.2.1 Da Natureza Jurídica.....	15
2.2.2 Fases do Processo Recuperatório	17
2.2.3 Os requisitos para a concessão da recuperação judicial	18
2.4 OBJETIVOS.....	19
2.5 PRINCÍPIOS.....	21
2.5.1 Preservação e função social da empresa	22
2.5.2. Superação da crise econômico-financeira.....	25
2.5.3. O <i>par conditio creditorum</i>	26
3 DO PODER DECISÓRIO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	29
3.1 DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	29
3.2 DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES	32
3.2.1 Dos aspectos.....	34
3.2.2 O exercício do direito de voto.....	36
3.3 ABUSO DE DIREITO NA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES.....	38
3.3.1 O abuso do direito de voto.....	40
3.4 O CONFLITO DE INTERESSES.....	42
3.5 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ABUSO DE DIREITO DE VOTO	44
4 A APLICAÇÃO DO <i>CRAM DOWN</i> À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS	47
4.1 CONCEITO.....	47
4.2. A LEI Nº 11.101/2005 E O <i>CHAPTER 11</i> DO <i>BANKRUPTCY CODE</i>	49
4.2.1 Da influência do <i>US Bankruptcy Code</i> no ordenamento brasileiro.....	50
4.2.2 A aplicação <i>cram down</i> no processo recuperacional brasileiro	55
4.3 OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUIZ NA APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO	58
4.4 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS	60
5 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

As legislações falimentares têm sido objeto de questionamento e reformas em vários países nas últimas décadas em razão da oscilação do cenário econômico mundial (e da sociedade como um todo) e, no Brasil, não foi diferente. Do ano de 1945 até a promulgação da nova legislação falimentar - Lei nº 11.101/05 -, estávamos sob a égide do instituto da Concordata (Decreto-lei nº 7.661/1945), que disciplinava o processo de extinção da empresa em crise de modo a adimplir suas obrigações em face dos credores. Percebeu-se, no entanto, que este não cumpria mais com seu propósito ante a realidade econômica nacional, tornando-se obsoleto.

Dada a ineficiência do regime anterior, veio a necessidade de elaborar uma nova legislação, que se adequasse à situação contemporânea. Dessarte, na nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências, o legislador se preocupou com a importância da empresa e do empresário para a coletividade de modo geral, uma vez que o transtorno decorrente da decretação da falência de uma empresa causa impactos tanto na esfera dos partícipes do processo recuperatório quanto daqueles sujeitos exógenos à lide (fisco, consumidores e a própria economia). Nessa perspectiva, o legislador, seguindo uma tendência mundial, baseou-se em um valor de extrema relevância para obstar maiores danos em razão da insolvência do empresário, qual seja, o princípio de preservação da empresa, consagrando-o de maneira expressa no plano legislativo.

No procedimento estabelecido pela Lei nº 11.101/2005, no entanto, a competência para deliberar pela aprovação do plano de recuperação apresentado pelo devedor foi outorgada aos credores, concedendo-lhes o papel de protagonistas do processo recuperatório junto à empresa recuperanda. Ocorre que os credores não têm qualquer obrigação de fundamentar o seu voto, quando este rejeita o plano, podendo ser alvo de controvérsias se percebido o distanciamento dos interesses defendidos pela legislação. Neste ponto, surge a figura do Estado-juiz, cuja competência foi ampliada pela nova lei falimentar com vistas a evitar abusos no que atine à aprovação do plano de recuperação.

Nesse sentido, diversas questões vêm sendo debatidas pela doutrina comercialista a respeito da correta interpretação e adequada aplicação da legislação. Uma das questões controversas na legislação é a aplicação do instituto

denominado como *cram down*, cuja inspiração adveio da legislação norte-americana (*Bankruptcy Code*). Este autoriza que o magistrado conceda o benefício da Recuperação Judicial mediante o preenchimento de quórum alternativo previsto no § 1º do art. 58 da Lei nº 11.101/05, que enseja na hipótese extraordinária de aprovação do plano que fora rejeitado pela Assembleia Geral de Credores.

Muito embora tenha tido inspiração na legislação estrangeira, a Lei de Recuperação de Empresas e Falências alterou substancialmente o que prevê o *Bankruptcy Code* no que tange a atuação do magistrado, pois o legislador brasileiro adotou critérios legais rígidos, de modo a reduzir a liberdade do julgador. Diferentemente, a legislação norte-americana confere ao juiz maior grau de discricionariedade, o que permite o exercício de juízo de viabilidade econômica da empresa.

Em linhas gerais, o objetivo central do presente trabalho consiste em apresentar um estudo acerca da aplicação, pelo Poder Judiciário, do instituto em tela, no bojo do processo recuperatório. Em especial, apresentar de que maneira este é utilizado como mecanismo de garantia à manutenção da fonte produtora, bem como quais os requisitos necessários à sua concessão.

Têm-se como objetivos específicos: i) delinear o regime de recuperação judicial no âmbito da Lei 11.101/2005, através do estudo dos objetivos estabelecidos pelo legislador, bem como dos princípios que compõem o seu núcleo axiológico; ii) analisar a dimensão do poder decisório da assembleia geral de credores em relação à deliberação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor e, ainda, estabelecer qual o limite entre o exercício regular do direito de voto e o abuso do mesmo; iii) estudar a aplicabilidade do instituto do *cram down* no arquétipo jurídico brasileiro, fazendo-se necessária a análise dos limites do controle judicial no âmbito das deliberações assembleares.

O problema científico central apresentado reside na incompatibilidade do procedimento de superação do veto estabelecido pela Lei nº 11.101/2005 em face à essência do instituto original norte-americano, no qual há, efetivamente, uma faculdade do juiz na concessão da recuperação ao outorgar-lhe um alto grau de discricionariedade, o que não ocorre legislação brasileira.

O tema reveste-se de relevância jurídica no cenário político-econômico brasileiro atual, devido ao crescente ajuizamento de ações de recuperação judicial por parcela significativa do empresariado brasileiro, que encontrou na recuperação judicial uma solução para o soerguimento da empresa em crise. E, ainda, pela insegurança jurídica decorrente da interpretação teleológica adotada pelos Tribunais pautada exclusivamente na preservação da empresa e função social.

Diante da importância do instituto do *cram down* como alternativa à decretação da falência, avalia-se a necessidade de uma orientação aos operadores do direito e ao Poder Judiciário, com o fito de garantir a aplicação correta e eficaz do referido instituto, evitando que, no intuito de combater o abuso do direito por parte dos credores - pautados em interesses egoísticos -, excedam os limites do controle jurisdicional no concurso recuperacional.

A metodologia de abordagem utilizada neste trabalho foi a dialética, envolvendo análise de textos e obras correlatas para alcançar os objetivos pretendidos. A técnica utilizada consistiu na pesquisa bibliográfica, que contou com a consulta da doutrina em Direito Comercial e de Empresa, nacional e estrangeira, o estudo jurisprudencial, além da pesquisa documental. Consultou-se, ainda, as leis que tratam da recuperação de empresas e da concordata, anteriores e vigentes.

Para atingir o objeto deste estudo, o presente trabalho foi dividido em cinco capítulos, sendo a introdução, três capítulos de desenvolvimento e a conclusão.

No segundo capítulo, será feito um panorama histórico do sistema falimentar, em especial o brasileiro, de modo a traçar o caminho percorrido por este até a promulgação do atual diploma. Em seguida, apresentar-se-á o regime de Recuperação Judicial e os requisitos para sua concessão, bem como serão analisados os princípios e objetivos traçados pela nova legislação.

No terceiro capítulo, será realizada à análise do exercício do direito de voto no âmbito da Assembleia Geral de Credores, com o fito de demonstrar como este funciona e, ainda, a sua relevância, considerando que é através do voto que é possível conhecer a vontade da comunhão de credores. Para tanto, analisa-se os aspectos gerais e parte-se ao estudo do processo deliberativo e a possibilidade do abuso do direito de voto.

No quarto capítulo, enfrenta-se o tema em si, com a conceituação do instituto *cram down*, a apresentação do histórico da legislação falimentar norte-americana, bem como será realizado o estudo do direito comparado entre a legislação brasileira e a estrangeira, de modo a entender a sua aplicação e os requisitos necessários à sua concessão. Nesse sentido, serão delineados os limites de atuação do juiz no processo de deliberação do plano de recuperação através do estudo da aplicabilidade do instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro e, por fim, mostrar como os Tribunais vêm decidindo.

Visa-se, portanto, demonstrar como a aplicação do *cram down* pode ser um mecanismo de garantia ao princípio basilar da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, qual seja, a preservação da empresa.

2 A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E OS OBJETIVOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A questão da recuperação de empresas em crise se apresenta de diversas formas, pois cada sistema jurídico possui suas peculiaridades. Nesse sentido, cada ordenamento encontrou uma maneira que melhor se adequa à resolução dessa problemática. Em razão das mais variadas respostas ao problema apresentado, parece que não há ninguém que tenha a solução, tampouco quem saiba o que fazer quando o assunto é a superação de uma atividade empresarial¹.

2.1 BREVE PANORAMA DO SISTEMA FALIMENTAR BRASILEIRO

Ao fazer uma retrospectiva histórica do Sistema Falimentar no Brasil, se faz necessário trazer também, de forma tangente, o entendimento doutrinário do surgimento da Concordata - sistema vigente até o ano de 2005 no Brasil - na esfera mundial. Neste ponto, a doutrina pátria vai divergir, uma vez que parte desta entende que os precedentes foram no Direito Romano e a outra compreende que surgiu apenas na Idade Média. Autores como Nelson Abrão, Rocco e Rubens Requião vão defender que o surgimento ocorreu nesta última².

Alessandra de Azevedo Domingues³ esclarece que, na visão de Rubens Requião, a concordata teve seus precedentes no século XIII, momento da história em que as sanções impostas ao devedor passaram de pessoais a patrimoniais, sendo substituídas pelo processo coletivo de liquidação dos bens do devedor. Neste contexto, havia uma votação acerca da concessão ou não da Concordata pelos credores. Tendo a anuência da maioria, o juiz homologava o acordo para que pudesse produzir seus efeitos, se fazendo presente a necessidade de uma declaração judicial homologatória, como no instituto da Concordata da modernidade.

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.164.

² DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Da Concordata à Recuperação: investigando a recuperação extrajudicial. In: ANTONIO, Nilva M. Leonardi (Org). **Direito Recuperacional aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 65-121.

³ Ibid., p. 65-121.

Em relação às legislações falimentares do nosso ordenamento jurídico, entende-se que essas caminharam de forma pendular, em que oscilavam entre a proteção dos interesses dos credores e do devedor, tendo sido o primeiro ora evidenciado e ora amainado, de acordo com o interesse que, no momento, se pretendia resguardar⁴.

A Concordata apareceu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro no Código Comercial de 1850, inspirada pelos Códigos da França, Espanha e Portugal. No decorrer das décadas, até chegar ao ano de 1945, quando houve alterações mais expressivas pelo Decreto-Lei 7.661/45, o instituto sofreu poucas modificações. Assim, o Decreto-Lei passou a regulamentar os institutos da Concordata e também da Falência⁵.

Écio Perin Júnior define a Concordata como um favor legal que possibilita a dilação do prazo de vencimento das obrigações do devedor, obstando ou suspendendo o regime de falência. Dessa maneira, a concordata possui duas espécies, a preventiva e a suspensiva. A primeira, quando o objetivo for evitar a decretação da falência e a segunda, ocorre quando já tenha sido decretada a falência⁶.

Até o ano de 2005, esteve inculido no sistema concursal brasileiro o ideal de satisfação dos créditos em detrimento de qualquer consideração em relação à manutenção da empresa, uma vez que vigiava até então o instituto da Concordata, diploma que trazia consigo uma visão liquidatório-solutória, primando pelo pagamento dos credores⁷. Essa visão foi modificada quando da promulgação da Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 - Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LREF).

2.2 CONCEITO DE EMPRESA

⁴ CERZETTI, Sheila C. Neder. Princípio da preservação da empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Tratado de direito comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo**. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 7, p. 25.

⁵ DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Da Concordata à Recuperação: investigando a recuperação extrajudicial. In: ANTONIO, Nilva M. Leonardi (Org). **Direito Recuperacional aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 65-121.

⁶ PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de Direito Falimentar: atualizado de acordo com o novo código civil (Lei 10.106/2002)**. 2ª ed. Ver. Atual. E ampliada – São Paulo : Editora Método, 2004. p. 253-256.

⁷ CERZETTI, op. cit., p. 24.

Para melhor compreensão do que será abordado adiante, faz-se necessária a conceituação de empresa. Isso porque, o processo de recuperação judicial é aplicado às empresas em crise e, ainda, este deverá ser concedido apenas ao devedor empresário. Apresenta-se, neste sentido, o conceito jurídico de empresa, que decorre da definição legal de empresário que, no ordenamento brasileiro, se encontra disposto no art. 966, do Código Civil⁸. Veja-se:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

A Teoria da Empresa surge na Itália da década de 1940 como um novo sistema de regulação das atividades econômicas dos particulares⁹. No mesmo sentido, Marlon Tomazette explica que a noção inicial de empresa decorre da economia, tendo como ideia central a organização dos fatores de produção ou circulação de bens ou serviços para a realização de uma atividade econômica¹⁰. Impende trazer à baila uma importante concepção, qual seja, a de Alberto Asquini¹¹:

O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem, sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado.

Para o autor, a empresa se dividiria em quatro perfis: o perfil objetivo, o perfil subjetivo, o perfil funcional e o perfil institucional. O objetivo seria aquele responsável por instrumentalizar a atividade empresarial, como bens corpóreos e os incorpóreos, compreendido como estabelecimento comercial; o subjetivo seria aquele que exerce a atividade empresarial, seja como pessoa física ou jurídica; o funcional, por sua vez, seria a atividade própria do empresário; por fim, o perfil

⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ano 139, n. 8, 11 jan. 2002, seção 1, p. 1-74. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>.

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial, v. 1: teoria geral e direito societário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹¹ ASQUINI, Alberto. **Profili Dell'impresa**. in Rivista del Diritto Commerciale, 1943, v. 41, I. Revista de Direito Mercantil Industrial, econômico e financeiro. Editora Revista dos Tribunais. Ano XXXV. n. 104. outubro-dezembro de 1996. [Tradução de Fábio Konder Comparato].

institucional seria o que reúne o empresário e seus empregados, que eivam esforços para atingir um objetivo comum.

Para Marçal Justen Filho, a compreensão acerca do conceito de empresa se relaciona com o período de Revolução Industrial, uma vez que o processo de industrialização no século XIX impôs essa necessidade ao adquirir novos contornos, quais sejam, a impessoalidade e a padronização. E continua ao dizer que “a empresa é o meio de organizar a atividade econômica segundo parâmetros de racionalidade¹²”.

De outro modo, Ricardo Negrão entende que a concepção de empresa é abstrata, uma vez que essa não é sujeito, tampouco objeto de direito. Ela é, no entanto, a própria atividade de alguém - o empresário - e corresponde ao conceito de fatos jurídicos ou exercício de negócio jurídico qualificado¹³.

Nesse sentido, a compreensão de empresa passou por uma mudança histórica, uma vez que era entendida como fonte de lucro e, atualmente, possibilita, além do lucro, o desenvolvimento tecnológico, econômico e social. Nos dias de hoje, não existem dúvidas: a teoria da empresa deve ser o ponto de partida para a compreensão do direito empresarial. Na década de 1970, Sylvio Marcondes define que a empresa teria que ser entendida como atividade de produção, organização e circulação de bens e serviços¹⁴. A posição adotada por Paula A. Forgioni compactua com este entendimento:

O conceito de empresa adotado baseia-se na obra de Sylvio Marcondes, destacando que “sob o ponto de vista econômico, conceitua-se a empresa como organização de capital e de trabalho destinada à produção ou mediação de bens ou de serviços para o mercado, coordenado pelo empresário, que lhe assume os resultados e os riscos.”¹⁵

Fazendo um paralelo entre o art. 966 do Código Civil de 2002 e o art. 2.082 do Código Civil italiano de 1942, Marlon Tomazette conclui que “a empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Empresa, ordem econômica e constituição**. Comunicação apresentada no Seminário Luso-brasileiro sobre as Novas Tendências do Direito Civil. **Rev. Dir. Adm.**, v. 212, p.109-133, 1998. p. 110.

¹³ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa, v. 1: teoria geral da empresa e direito societário**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁴ SCHLAUCHER, Débora Guedes; OLIVEIRA, Diogo Luís Manganelli de. O instituto do *cram down* e seus efeitos no ordenamento jurídico pátrio. **Revista Eletrônica das Faculdades Integradas Vianna Júnior**. v. 7. n. 2. jul/dez de 2016. p. 78.

¹⁵ FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. p. 45.

para o mercado¹⁶". Portanto, é possível dizer que a Teoria da Empresa, oito décadas depois da sua concepção por Asquini, continua delineando o pensamento da doutrina, em especial, a brasileira.

2.3 DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Como visto, em substituição à Concordata - instituto no qual não existiam muitas chances de sobrevivência à empresa em crise, cujo destino mais comum era a decretação da falência - a nova legislação apresentou novos institutos, os da recuperação extrajudicial e judicial. No primeiro modelo, apenas os credores mais relevantes são chamados para negociar seus créditos, de modo que não seja compulsória a participação de todos os credores. Já a recuperação judicial tem um procedimento mais formal, sendo realizada sob o controle judicial. Nessa, os credores devem formar a maioria quando da aprovação do plano recuperatório¹⁷.

2.2.1 Da Natureza Jurídica

Em primeiro lugar, cabe ser apresentado o conceito de natureza jurídica. De acordo com Plácido e Silva, natureza, na "terminologia jurídica, assinala, notadamente, a essência, a substância ou a compleição das coisas. Assim, a natureza se revela pelos requisitos ou atributos essenciais e que devem vir com a própria coisa¹⁸". Através do exame da natureza jurídica de um instituto é possível compreender os principais caracteres a ele relacionados e também a sua essência, considerando-os quando da sua utilização¹⁹.

Neste sentido, existem três correntes doutrinárias que tratam da natureza jurídica da Recuperação Judicial, quais sejam: as contratuais, as processuais e a da

¹⁶ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial, v. 1: teoria geral e direito societário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 72.

¹⁷ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. **Parecer nº 534 de 2004**. Diário do Senado Federal. Brasília-DF, 10 de junho de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>> Acesso em: 20 out. de 2019.

¹⁸ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1436.

¹⁹ CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. **Regime Jurídico dos Fundos de Investimentos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 181.

obrigação legal. No entendimento de Álvaro Mariano, as teorias contratuais - as quais abarcam a teoria da vontade forçada e a teoria da vontade presumida - preceituam que o acordo entre o devedor em crise e os credores é um contrato²⁰.

Assemelhando-se a essa teoria, tem-se o entendimento de Sergio Campinho, no qual a recuperação judicial apresenta natureza de contrato judicial, com feição novativa²¹. De outro modo, Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn preceituam que o plano de recuperação é um negócio de cooperação pactuado entre credores e devedor, assemelhando-se a um contrato plurilateral²².

Como contraponto às teorias aludidas, surgem as teorias processualistas (segunda corrente), que sustentam a natureza processual do instituto, uma vez que as soluções não liquidatórias são processadas em juízo e dependentes de decisão judicial. O autor cita a teoria de Pothier para dizer que a sentença judicial homologatória dá origem à sujeição dos credores ausentes e dissidentes ao acordo. E continua que a teoria de Schultze apregoa que o acordo entre credores e devedor se trata da sentença homologatória em si, em que sua força obrigatória teria origem da ordem jurídica²³.

Por fim, a última corrente, com a teoria da obrigação legal sustenta que a lei é a fonte da sujeição dos credores que não aderem ao plano, posto que os submetam à vontade da maioria que o aprovou²⁴.

Diante disso, nota-se que existem divergências quanto à natureza jurídica da recuperação judicial. Este trabalho alia-se à visão defendida por Lídia Valério Marzagão, que trata a recuperação judicial como uma “negociação contratual”, uma vez que os credores têm liberdade para negociar com o devedor, não existindo dúvida de que o instituto tem natureza contratualista, considerando que é obrigatória

²⁰ MARIANO, Alvaro Augusto Camilo. **Abuso de voto na recuperação judicial**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. 243 p. doi:10.11606/T.2.2012.tde-12042013-161616. Acesso em: 06 nov. 2019. p. 212

²¹ CAMPINHO, Sergio. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 11-13 e 125

²² FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 234.

²³ MARIANO, Alvaro Augusto Camilo. **Abuso de voto na recuperação judicial**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, doi:10.11606/T.2.2012.tde-12042013-161616. Acesso em: 06 nov. 2019. p. 212.

²⁴ *Ibid.*, p. 213

a participação de todos os credores²⁵, convergindo, portanto, com a corrente contratualista apresentada por Alvaro Mariano.

2.2.2 Fases do Processo Recuperatório

O processo recuperatório será dividido em três fases: postulatória, deliberativa e de execução. Impende salientar que importará a este trabalho apenas as duas primeiras fases.

A fase postulatória se inicia quando a empresa em crise apresenta um requerimento judicial com o fito de obter o benefício da recuperação. Esse requerimento é a petição inicial. Nesse sentido, o art. 51 da LREF determina que a peça exordial seja instruída com exposição das causas e razões da crise; demonstrações contábeis dos três últimos anos; relatório gerencial de fluxo de caixa; relação completa dos credores; relação dos empregados; atos constitutivos da empresa; lista dos bens dos sócios controladores e administradores; extratos bancários atualizados; certidões de protesto; relação das ações judiciais em trâmite. Embora a lei não traga de maneira expressa, o juiz pode exigir a complementação da documentação nos termos do Código de Processo Civil, antes de deferir o pedido²⁶.

Presentes esses requisitos, o magistrado profere o despacho inicial que manda processar a recuperação, publica-se o edital, a partir do qual começa o prazo para a verificação de créditos. Este é o marco que dá início ao prazo improrrogável de sessenta dias para apresentação do plano de recuperação pelo devedor. Publicado o aviso de apresentação, abre-se o prazo de trinta dias para que os credores façam objeções²⁷.

²⁵ MARZAGÃO, Lídia Valério. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.) **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**: doutrina e prática. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 93.

²⁶ NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa**. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 123.

²⁷ Ibid., p. 123.

Na fase deliberativa, se discute acerca da aprovação do plano de recuperação, tratado mais detalhadamente no terceiro capítulo, no tópico 3.1 *infra*. Essa fase se encerra com a decisão que concede o benefício da recuperação²⁸.

A terceira e última fase é a de execução, momento processual em que há a fiscalização do cumprimento do plano. Ela tem seu início marcado pela decisão concessiva da recuperação e pode ser encerrada de três maneiras: quando o magistrado prola a sentença de encerramento do processo, se o plano for cumprido no prazo de até dois anos com o pedido de desistência da recuperanda ou com a convalidação da recuperação judicial em falência²⁹.

2.2.3 Os requisitos para a concessão da recuperação judicial

Para que a Recuperação Judicial seja concedida ao devedor, devem ser preenchidos, de maneira cumulativa, os requisitos trazidos pelo art. 48, *caput* e incisos, da Lei nº 11.101/05:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Entretanto, anterior à análise dos demais requisitos, impende salientar que nem todos são considerados legitimados para requerer a concessão de tal instituto. O legitimado ativo para o requerimento do pedido de recuperação judicial, segundo preleciona o art. 48 da Lei nº 11.101/05, é o devedor empresário, não sendo possível sua requisição nem pelos credores, nem administrador judicial, Ministério Público e, muito menos, de ofício pelo juiz³⁰.

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 210.

²⁹ *Ibid.*, p. 210 e 262.

³⁰ CAMPINHO, Sergio. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 127

Em 2013, a lei nº 12.873 inclui ao art. 48 da LREF o parágrafo primeiro, que prevê outros legitimados ao pedido de recuperação judicial, que “também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente³¹”. Tem-se, portanto, que a legitimidade ativa é o primeiro requisito, uma vez que a lei é aplicada somente aos empresários e sociedades empresárias.

O segundo é o exercício regular de suas atividades há mais de dois anos. Assim, depreende-se da história do direito falimentar brasileiro que não é possível conceder o instituto jurídico aos falidos que ainda não foram reabilitados e que, portanto, não tenham obtido sentença de extinção das responsabilidades com trânsito em julgado, sendo este o terceiro requisito. De igual modo, aqueles que já se serviram do instituto a menos de cinco anos também estariam excluídos³².

Por se tratar de um dos objetivos da lei, a transparência, no inciso IV do art. 48, aponta restrição à apresentação do pedido do plano de recuperação judicial àquele que tenha sido condenado em qualquer crime previsto na Lei nº 11.101/05, tanto o empresário, como seus administradores ou controladores da sociedade³³, sendo este o quarto e último requisito.

Portanto, como visto, atendidos cumulativamente os requisitos previstos no art. 48 da LREF, é possível que seja requerida a recuperação judicial da empresa, viabilizando toda a discussão concernente aos pontos-chaves deste trabalho de pesquisa.

2.4 OBJETIVOS

No ordenamento jurídico brasileiro, a nova lei vai regulamentar o processo de recuperação judicial e também a extrajudicial, além da falência, que já era prevista pela legislação anterior. Nesse sentido, o art. 47³⁴ do referido diploma vai apresentar

³¹ BRASIL. Lei 11.101/2005, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário oficial da união**, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>

³² SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de Direito Falimentar - 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 132

³³ BRASIL. Lei 11.101/2005, op. cit.

³⁴ BRASIL. Lei 11.101/2005. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Brasília, DF: Senado, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 15 out. 2019

o propósito da recuperação judicial, que fará parte do corte epistemológico abordado neste trabalho:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Conforme citado alhures, o dispositivo deixa clara a importância da promoção do princípio basilar do direito recuperacional no transcorrer deste processo, qual seja, o Princípio da Preservação da Empresa. Esse é extraído de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, não havendo previsão legal expressa. Ainda, impende dizer que, ao se tratar desse princípio, tem-se o fito de trazer à baila a proteção da atividade econômica, uma vez que o interesse que a circunda transcende a figura do empresário ou dos sócios da sociedade empresária, pois atinge um conjunto bem maior de sujeitos, como trabalhadores em geral, empregados da empresa em questão, consumidores, fisco, investidores do mercado financeiro³⁵.

O já mencionado art. 47 da Lei nº 11.101/05 foi o responsável por delinear os objetivos da Recuperação Judicial. Como observado por Waldo Fazzio Junior, a recuperação judicial não pode ficar adstrita à satisfação dos créditos, nem mesmo ao saneamento da crise, considerando que a função social da empresa é mandamento constitucional e, com isso, surge a pretensão de conservar a fonte produtora e salvaguardar o emprego³⁶.

O ponto chave para a persecução dos objetivos postos na norma será a superação da crise econômico-financeira do devedor, expressão utilizada pelo próprio legislador. Enquanto a crise financeira se relaciona com a impraticabilidade de solver seus débitos, representada pela falta de liquidez, a crise econômica vai se relacionar com a atividade exercida, representada pelo alto custo na produção, por exemplo³⁷.

³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. O princípio da preservação da empresa na interpretação da lei de recuperação de empresas. **Revista Eletrônica de Direito**, nº2, 2014. Disponível em: www.cije.up.pt/revistared. <Acesso em: 20 out. 2019>

³⁶ FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

³⁷ MELO, Cinira Gomes Lima. **O plano de recuperação judicial como negócio jurídico plurilateral: a análise da existência, da validade e da eficácia**. 243 p. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – PUC. São Paulo. 2016. p. 39-40.

Waldo Fazzio Junior explica que a recuperação judicial busca evitar a insolvência, restabelecendo sua saúde econômica através da reorganização financeira e administrativa da empresa³⁸. Do mesmo modo, Fábio Ulhoa Coelho afirma que o objetivo da recuperação é a superação da crise econômico-financeira, a preservação da atividade empresarial e a proteção do trabalhador, atendendo, ainda, aos interesses dos credores para, dessa maneira, cumprir a função social que lhe é inerente³⁹.

Seguindo a mesma linha, Franco e Sztajn também apontam a superação da crise econômica como objetivo da Recuperação e completam que o custo social recai sobre os credores e não é dividido com o Estado, o qual deveria ser igualmente por este suportado⁴⁰.

Detrai-se, portanto, que, embora o princípio da preservação da empresa figure como o principal postulado, deste decorrerá, ainda, os princípios da função social da empresa, da equivalência dos créditos, do interesse dos credores e da proteção dos trabalhadores, os quais terão um papel importante na formação do alicerce principiológico da legislação falimentar brasileira.

2.5 PRINCÍPIOS

Considerando a importância dada pelo legislador aos princípios e, também, por estes nortear as decisões tomadas no âmbito do processo de recuperação, faz-se necessária a apresentação do conceito deste para melhor compreensão da temática abordada neste ensaio. O estudo dos princípios jurídicos sempre foi uma temática muito discutida pela doutrina. Com o desenvolvimento de teorias por diversos autores, para alguns, estes são entendidos como normas gerais e, para

³⁸ FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. O princípio da preservação da empresa na interpretação da lei de recuperação de empresas. **Revista Electrónica de Direito**, nº2, 2014. Disponível em: www.cije.up.pt/revistared. <Acesso em: 20 out. 2019>

⁴⁰ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

outros, como mandados de otimização, que seria a visão trazida por Robert Alexy, na obra *El concepto y la validez del derecho*⁴¹:

*[...] los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no sólo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos.*⁴²

Pela ótica de Eros Grau⁴³, os princípios seriam extraídos do próprio ordenamento, como afirma em “O direito pressuposto e o direito posto”:

Os princípios gerais do Direito não são resgatados fora do ordenamento jurídico; eles são descobertos no interior de determinado ordenamento - e o são justamente porque neste mesmo ordenamento, no seu interior, já se encontram em estado de latência.

Portanto, é possível concluir que a garantia dos efeitos dos princípios no caso concreto decorre do fortalecimento do caráter *prima facie* deste, através da inserção de uma carga argumentativa⁴⁴, bem como por este já se encontrar no ordenamento jurídico em estado de latência. Assim, os princípios são fontes do direito e podem (e devem) ser aplicados a uma infinidade de casos. Como será visto adiante, eles nortearão o Direito Recuperacional e seus reflexos podem ser observados na nova legislação falimentar. No decorrer dos seus capítulos, pode-se notar a presença dos postulados a seguir tanto de forma expressa, quanto de forma implícita.

2.5.1 Preservação e função social da empresa

A conceituação do princípio da função social não é simples. Para Franco e Sztajn, esse é mais político do que jurídico e teve a sua gênese a partir do princípio da solidariedade - postulado na Constituição de Weimar de 1919. A função social se apresentava como o “dever de empregar os meios de produção no modo mais útil à

⁴¹ ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho y Otros Ensayos**. Barcelona: Gedisa, 1994. p. 75

⁴² “[...] os princípios são mandados de otimização. Como tal, são normas que ordenam que algo se realize da melhor forma possível segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Isso significa que podem ser realizadas em diferentes níveis e que a medida de sua realização depende não apenas das possibilidade fática, mas também jurídicas. As possibilidades jurídicas de um princípio estão essencialmente determinadas, mais do que pelas regras, por princípios opostos. [...]”

⁴³ GRAU, Eros. O direito pressuposto e o direito posto. **Revista dos Tribunais**, vol. 673/1991 | p. 21 - 26 | Nov / 1991. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 2 | p. 109 - 119 | Maio / 2011 | DTR\1991\212

⁴⁴ OLIVEIRA FILHO, João Glicério. **A hierarquização dos princípios da ordem econômica na constituição brasileira de 1988**. 2012. 122 f. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2012.

coletividade”. Elas concluem que seu significado é estabelecido de forma genérica, apesar de uma gama de autores terem refletido acerca da temática apresentada⁴⁵.

No âmbito do direito concursal, o significado de preservação da empresa, sob a ótica da teoria institucionalista do interesse social, identificada na década de 1960 em uma publicação de Walther Rathenau - administrador de uma das maiores empresas alemãs da época e Ministro das Relações Exteriores da Alemanha -, não constitui uma declaração de tutela irrestrita do devedor, mas de compor procedimentalmente os interesses englobados pela sociedade empresária⁴⁶.

O referido princípio é de fundamental importância à compreensão do instituto da recuperação judicial, capitaneando as decisões tomadas e considerando os interesses internos que nela se compõem. Ainda, deve servir de parâmetro quando da aplicação da lei no caso concreto, bem como nortear a interpretação das decisões judiciais⁴⁷.

Muito embora não tenha previsão expressa na Carta Magna brasileira, o princípio da preservação da empresa vem sendo utilizado em diversos entendimentos jurisprudenciais e, como dito anteriormente, norteia a interpretação de atos judiciais. Vale salientar que, por consectário lógico, esse decorre da função social da empresa, que encontra amparo constitucional no art. 170, inciso III, da Constituição Federal de 1988⁴⁸, uma vez que tem como corolário o postulado da função social da propriedade:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

[...] (grifo nosso)

⁴⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

⁴⁶ CERZETTI, Sheila C. Neder. Princípio da preservação da empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Tratado de direito comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo**. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 7, p. 13-36.

⁴⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. O princípio da preservação das empresas e o direito a economia de impostos. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Org.). **Grandes Questões atuais do Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2006, v. 10, p. 336-359.

⁴⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. <Acesso em: 25 out. 2019>

No mesmo sentido do art. 170, da CRFB/1988, Vitola e Weisheimer afirmam que, uma vez entendida a empresa como propriedade, aplica-se à atividade empresarial o disposto no art. 5º, inciso XXII, da CRFB/1988 - o princípio da função social⁴⁹:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

Nesta senda, a função social da empresa consolida-se como princípio jurídico, como se pode constatar através do disposto no Enunciado 53, da I Jornada de Direito Civil: “Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa”.

Dessa maneira, corroborando para o entendimento anterior, esclarece Rachel Sztajn:

A função social da empresa, presente na redação do artigo [47 da Lei 11.101/2005], indica, ainda, visão atual referentemente à organização empresarial, cuja existência está estribada na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem substituí-lo, mas sim no sentido de que, socialmente, sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio ambiente e à coletividade e, nesse sentido é que se busca preservá-la.⁵⁰

Em que pese o instituto da recuperação seja um dos princípios basilares da legislação concursal, este previu, em sua própria lei, uma regra limitadora à preservação da empresa, qual seja, o interesse dos credores. Isso porque, se reprovado o Plano de Recuperação Judicial apresentado pelo devedor, o juiz decretará a falência da empresa. Infere-se, portanto, que o interesse dos credores - neste caso - vai se sobrepor ao postulado aqui discutido.

Pela ótica de Sheila C. Neder Cerezetti, o intuito da preservação da empresa vincula-se à conservação de uma organização, posto que abarca muitos interesses e se fundamenta no respeito a estes, ou seja, a preservação da empresa é atingida

⁴⁹ VITOLA, Cássio Rozales; WEISHEIMER, Evandro. A aplicação do princípio da preservação da empresa à luz do instituto da recuperação judicial. **Revista Destaques Acadêmicos**, v. 6, n. 2, jun. 2014. ISSN 2176-3070. Disponível em: <<http://www.univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/396>>. Acesso em: 28 out. 2019. p. 25.

⁵⁰ SZTAJN, Rachel. Da recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sergio de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 221.

através “de respeito, equilíbrio e integração entre os interesses por ela influenciados⁵¹”. Essa afirmação refletirá na caracterização procedimental do postulado, afastando-se da persecução pela definição material do conceito. E conclui afirmando que o valor da preservação da empresa está na integração desses interesses em indicar uma solução adequada à crise empresarial⁵².

2.5.2. Superação da crise econômico-financeira

A compreensão de que apenas as empresas viáveis devem ser objeto do processo recuperacional é majoritária. Partindo dessa premissa, a empresa será viável enquanto puder gerar lucros. Contudo, uma vez que o exercício da atividade empresarial apresenta seus reflexos também na coletividade, torna-se imprescindível a análise da sua viabilidade econômica. Essa análise perpassa pelo cotejo dos fatores endógenos, como ativo e passivo, faturamento, e fatores exógenos, como a relevância socioeconômica⁵³.

Para Waldo Fazzio Junior, os parâmetros para a aferição da viabilidade são objetivos, sendo esses pressupostos para o deferimento do pedido de Recuperação. São eles: importância social e econômica da atividade do devedor no contexto local, regional ou nacional; mão de obra e tecnologia empregadas; volume do ativo e do passivo; tempo de constituição e funcionamento do negócio; e faturamento anual e nível de endividamento da empresa⁵⁴.

Nesse sentido, é possível traçar dois caminhos: quando viáveis, as empresas devem ser recuperadas, seja através da recuperação judicial ou extrajudicial; quando inviáveis, lhes resta a decretação da falência, por meio do processo falimentar. Impende dizer que, se no decorrer do processo recuperacional for observado pelos credores a sua inviabilidade ou, ainda, se o devedor deixar de cumprir qualquer obrigação assumida no Plano de Recuperação, estes poderão

⁵¹ CERZETTI, Sheila C. Neder. Princípio da preservação da empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Tratado de direito comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo**. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 7, p. 13-36.

⁵² Ibid., p. 13-36.

⁵³ FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁵⁴ Ibid.

requerer que o processo de recuperação seja convolado em falência, como disposto nos arts. 61, §1º; 73, inciso IV; e 94, inciso III, alínea g, todos da Lei nº 11.101/05⁵⁵:

Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

§ 1º Durante o período estabelecido no caput deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei judicial:

Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação

IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

No regramento concursal pátrio, o art. 53 da Lei nº 11.101/05 apresenta como um dos requisitos para o deferimento do Plano de Recuperação a demonstração da viabilidade econômica da empresa. Destaca-se, ainda, que a lei faz a distinção entre a demonstração da viabilidade e o laudo econômico-financeiro. Embora conexos, são apresentados em diferentes incisos do mesmo artigo, o que nos mostra que o legislador quis deixar claro que estes aspectos são distintos e não devem ser confundidos⁵⁶.

2.5.3. O *par conditio creditorum*

O princípio do *par conditio creditorum* é definido como regra meio e não regra fim e tem a finalidade de satisfazer os créditos de maneira proporcional⁵⁷. A essencialidade desse princípio que conduz o regramento concursal é a concessão de tratamento igualitário a todos os credores. Esse encontra respaldo na legislação

⁵⁵ BRASIL. Lei 11.101/2005. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Brasília, DF: Senado, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm> <Acesso em: 15 out. 2019>

⁵⁶ SANTOLIM, Cesar. A demonstração da viabilidade econômica no Plano de Recuperação Judicial da Empresa. In: GARCIA, Ricardo Lupion (Org.). **10 anos da lei de falências e recuperação judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas** [recurso eletrônico] Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016. 437 p.

⁵⁷ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

falimentar - art. 126, da Lei nº 11.101/05⁵⁸ - uma vez que determina que o juiz deve observar, dentre outros postulados, a igualdade de tratamento dos credores. Esse dispositivo encontra correspondência na Carta Magna no art. 5º, que postula que “todos são iguais perante a lei”⁵⁹, como pode ser visto no dispositivo legal a seguir:

Art. 126. Nas relações patrimoniais não reguladas expressamente nesta Lei, o juiz decidirá o caso atendendo à unidade, à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento dos credores, observado o disposto no art. 75 desta Lei.

Do mesmo modo, o Enunciado 81 da II Jornada de Direito Comercial entende que “Aplica-se à recuperação judicial, no que couber, o princípio da *par condicio creditorum*”⁶⁰. Na justificativa do respectivo enunciado, citou-se a decisão proferida pelo Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças nos autos do AI nº 0136362-29.2011.8.26.0000⁶¹, veja-se:

Agravo. Recuperação Judicial. Plano aprovado pela assembleia-geral de credores. Plano que prevê o pagamento do passivo em 18 anos, calculando-se os pagamentos em percentuais (2,3%, 2,5% e 3%) incidentes sobre a receita líquida da empresa, iniciando-se os pagamentos a partir do 3º ano contado da aprovação. Previsão de pagamento por cabeça até o 6º ano, acarretando pagamento antecipado dos menores credores, instituindo conflitos de interesses entre os credores da mesma classe. Pagamentos sem incidência de juros. Previsão de remissão ou anistia dos saldos devedores caso, após os pagamentos do 18º ano, não haja recebimento integral. **Proposta que viola os princípios gerais do direito, os princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da propriedade, da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial o princípio da "pars conditio creditorum" e normas de ordem pública.** Previsão que permite a manipulação do resultado das deliberações assembleares. Falta de discriminação dos valores de cada parcela a ser paga que impede a aferição do cumprimento do plano e sua execução específica, haja vista a falta de liquidez e certeza do "quantum" a ser pago. Ilegalidade da cláusula que estabelece o pagamento dos credores quirografários e com garantia real após o decurso do prazo bienal da supervisão judicial (art. 61, 'caput', da Lei nº 11.101/2005). Invalidez (nulidade) da deliberação da assembleia-geral de credores declarada de ofício, com determinação de apresentação de outro plano, no prazo de 30 dias, a ser elaborado em consonância com a Constituição Federal e Lei nº 11.101/2005, a ser submetido à assembleia-geral de credores em 60 dias, sob pena de decreto de falência. (TJ-SP - AI: 1363622920118260000 SP 0136362-29.2011.8.26.0000, Relator: Pereira

⁵⁸ BRASIL. Lei 11.101/2005. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Brasília, DF: Senado, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm <Acesso em: 15 out. 2019>

⁵⁹ CAVALCANTI, Arthur Miranda. **O cram down na recuperação de empresas: entre o limite da atuação do poder judiciário e a efetividade da superação da crise da empresa**. 2017. 136 f. Dissertação (mestrado) - Centro de Ciências Sociais, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2017.

⁶⁰ Jornada de Direito Comercial (1. : 2015 : Brasília, DF) II Jornada de Direito Comercial, [27 de fevereiro de 2015, Brasília]. -- Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Seção de direito privado câmara reservada à falência e recuperação. Agravo de instrumento nº 0136362-29.2011.8.26.0000, Relator Desembargador Pereira Calças. Julgado em 28 de fevereiro de 2013. Dje 20/08/2013

Calças, Data de Julgamento: 28/02/2012, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Data de Publicação: 28/02/2012) (grifo nosso)

No entanto, é possível dizer que no regramento concursal hodierno existe mitigação no que tange à igualdade de tratamento dos credores. Isso porque, ao utilizar o princípio da igualdade como fundamento, subentende-se que, em verdade, fala-se de tratamento isonômico dos credores e, ainda, respeito a proporcionalidade dos créditos.

3 DO PODER DECISÓRIO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Superada a análise dos aspectos referentes à Recuperação Judicial no que tange aos seus objetivos, princípios norteadores, requisitos para a instauração do processo recuperatório, bem como um panorama histórico da criação à extinção do instituto da Concordata até a promulgação da Lei 11.101/05, a Lei de Recuperação de Empresas e Falências, passa-se ao estudo do Plano de Recuperação Judicial (PRJ) e da Assembleia Geral de Credores.

Entende-se que estes pontos são extremamente necessários à compreensão do objetivo principal deste trabalho, qual seja, a possibilidade de aplicação do instituto do *cram down* pelo juiz na decisão que rejeita o plano de recuperação judicial de modo a garantir a observação ao princípio da preservação da empresa.

3.1 DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A apresentação do Plano de Recuperação Judicial acontece durante a fase de deliberação judicial, como visto no capítulo anterior, no tópico 2.2 *supra*. Esse é considerado o momento mais importante do processo recuperatório, uma vez que é através desse instrumento que o devedor apresenta o caminho detalhado a ser percorrido para a superação da crise econômico-financeira da empresa. Na visão de Fábio Ulhoa Coelho, a realização ou não dos objetivos da recuperação - preservação da atividade econômica e função social - dependerá exclusivamente de um plano consistente⁶².

Os requisitos desse Plano constam no art. 53 da LREF, iniciando pelo prazo em que deve ser apresentado em juízo pelo devedor, qual seja, improrrogáveis 60 (sessenta) dias contados da publicação da decisão que defere o processamento de recuperação. Importante salientar que a não apresentação desse plano tem como consequência imediata a convolação da recuperação em falência.

⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 227.

Para além, tem-se, como outros requisitos legais, a descrição pormenorizada dos meios que serão utilizados na persecução da superação da crise⁶³; a demonstração de viabilidade econômica; e o laudo econômico-financeiro subscrito por profissional habilitado. Preenchidos os requisitos, o juiz do feito ordenará a publicação de edital comunicando aos credores o recebimento do plano e, por conseguinte, fixará prazo de 30 dias para que se manifestem no sentido de que sejam feitas eventuais objeções⁶⁴.

Como visto, existem três caminhos para o plano: a aprovação, a alteração e a rejeição. Tratando-se da aprovação do plano, a LREF traz no art. 58 três possibilidades, quais sejam, a aprovação pela assembleia geral de credores, pela ausência de objeções ao plano e, por fim, através do chamado *cram down* brasileiro, que será melhor desenvolvido no quarto capítulo deste trabalho. A alteração se dará através de objeção, sendo competência da assembleia apreciá-la. Por fim, a rejeição do plano faz com que o processo de recuperação se convale em falência, em regra.

Nesse sentido, consoante o disposto no art. 45 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, para que o Plano de Recuperação seja aprovado é necessário que sejam preenchidos os requisitos a seguir:

- Aprovação da proposta por todas as classes de credores;
- nas classes cujos credores são titulares de crédito com garantia real e os quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à

⁶³ “a) dilação do prazo ou revisão das condições de pagamentos; b) operação societária, como fusão, incorporação ou cisão; c) alteração do controle societário, com ou sem transferência total do poder a grupos mais capacitados; d) reestruturação da administração, com substituição dos administradores ou redefinição dos órgãos; e) concessão de direitos societários extrapatrimoniais aos credores, como o direito de veto (*golden share*); f) reestruturação do capital; g) transferência ou arrendamento do estabelecimento empresarial; h) renegociação das obrigações ou do passivo trabalhistas; i) dação em pagamento ou novação das principais dívidas do empresário em crise; j) constituição de sociedade de credores, para revitalizar a empresa; l) realização parcial do ativo, visando o levantamento de recursos financeiros para investimento ou quitação de dívidas; m) equalização de encargos financeiros; n) usufruto de empresa; o) administração compartilhada, para arejar a direção da empresa com novas ideias; p) emissão de valores mobiliários, quando houver mercado para operações como as de securitização; q) adjudicação de bens a credores para diminuir o passivo.” Cf. BRASIL. Lei 11.101/2005. Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Brasília, DF: Senado, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 22 out. 2019

⁶⁴ BRASIL. Lei 11.101/2005. Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Brasília, DF: Senado, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 22 de out. 2019. art. 53.

assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes;

- nas classes cujos credores são titulares de créditos trabalhistas ou créditos enquadrados como ME ou EPP, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor do seu crédito.

Como visto, o plano deve ser aprovado em todas as classes presentes na assembleia conforme o quórum supramencionado. Assim, os credores das classes I e IV têm seus votos contados “por cabeça” e aqueles das classes II e III têm seus votos contados “por cabeça” e “por crédito”⁶⁵. Dessa forma, no primeiro utiliza-se o critério singular e no segundo, o critério híbrido como método de apuração⁶⁶.

Aprovado o plano de recuperação apresentado pelo devedor, cabe ao magistrado conceder o benefício, conforme dispõe o art. 58 da LREF, proferindo o despacho concessivo de recuperação judicial. Salienta-se que o juiz, neste momento, deve ficar adstrito à análise da legalidade dos atos que foram praticados antes da aprovação, como pode ser demonstrado na decisão proferida nos autos do Recurso Especial nº 1631762/SP⁶⁷:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES. APROVAÇÃO DO PLANO. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONCESSÃO DE PRAZOS E DESCONTOS. POSSIBILIDADE. 1. Recuperação judicial requerida em 4/4/2011. Recurso especial interposto em 31/7/2015. 2. O propósito recursal é **verificar se o plano de recuperação judicial apresentado pelas recorrentes - aprovado pela assembleia geral de credores e homologado pelo juízo de primeiro grau - apresenta ilegalidade passível de ensejar a decretação de sua nulidade** e, conseqüentemente, autorizar a convalidação do processo de soerguimento em falência. 3. O plano de recuperação judicial, aprovado em assembleia pela vontade dos credores nos termos exigidos pela legislação de regência, possui índole marcadamente contratual. **Como corolário, ao juízo competente não é dado imiscuir-se nas especificidades do conteúdo econômico do acordo estipulado entre devedor e credores.** 4. Para a validade das deliberações tomadas em assembleia acerca do plano de soerguimento apresentado, o que se exige é que todas as classes de credores aproveem a proposta enviada, observados os quóruns fixados nos incisos do art. 45 da LFRE. 5. A

⁶⁵ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na lei 11.101/2005**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 208.

⁶⁶ KIRSCHBAUM, Deborah. **A recuperação judicial no Brasil: governança, financiamento extraconcursal e votação do plano**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-03062011-104905. Acesso em: 11 nov. 2019. 243 p. p.181.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1631762/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgado em 19/06/2018, DJe 25/06/2018.

concessão de prazos e descontos para pagamento dos créditos novados insere-se dentre as tratativas negociais passíveis de deliberação pelo devedor e pelos credores quando da discussão assemblear sobre o plano de recuperação apresentado, respeitado o disposto no art. 54 da LFRE quanto aos créditos trabalhistas. 6. Cuidando-se de hipótese em que houve a aprovação do plano pela assembleia de credores e não tendo sido apontadas, no acórdão recorrido, quaisquer ilegalidades decorrentes da inobservância de disposições específicas da LFRE (sobretudo quanto às regras dos arts. 45 e 54), deve ser acolhida a pretensão recursal das empresas recuperandas. 7. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1631762 SP 2016/0268393-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 19/06/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2018) (grifos nossos)

O entendimento jurisprudencial apresentado se mostrou consolidado tanto no Enunciado 44, “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”, quanto no Enunciado 46, “Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores”, ambos da I Jornada de Direito Comercial⁶⁸.

3.2 DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES

Dentro do processo recuperatório há a previsão de diversos órgãos, como a Assembleia Geral de Credores (AGC), o Comitê de Credores, o Administrador Judicial, o próprio juízo e o Ministério Público. É em atendimento ao princípio da autonomia dos credores que a Lei de Recuperação de Empresas e Falência previu a criação destes órgãos. Isso porque é dever dos credores decidirem sobre as questões mais importantes levantadas no bojo dos processos judiciais, em especial no que concerne ao Plano de Recuperação⁶⁹. Apesar disto, a Assembleia é órgão facultativo e de caráter temporário, uma vez que deve decidir apenas sobre o motivo pelo qual foi convocada, sob pena de nulidade, dissolvendo-se quando encerradas as deliberações⁷⁰.

⁶⁸ Jornada de Direito Comercial (1.: 2012: Brasília, DF) I Jornada de Direito Comercial, [23-24 de outubro de 2012, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. 61 p.

⁶⁹ MARIANO, Alvaro Augusto Camilo. **Abuso de voto na recuperação judicial**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-12042013-161616. Acesso em: 06 nov. 2019. p. 257

⁷⁰ VASCONCELOS, Adriana Paiva. **The role of the creditors in bankruptcy law: a historical analysis and in accordance with certain bodies**. 2013. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -

Uma vez convocada, a Assembleia Geral de Credores é o órgão de deliberação máxima do processo de recuperação judicial. Embora já estivesse presente na legislação anterior, foi a partir da Lei 11.101/05 que passou a ter um papel de grande relevância dentro do processo recuperacional. Nesse sentido, Álvaro Augusto Camilo Mariano preconiza que a AGC é o órgão mais complexo desse arranjo de interesses que decorre desse processo concursal, devido a sua natureza colegiada, superior posição hierárquica e numerosa e diversificada composição⁷¹.

Dentre as competências inerentes a esse órgão está a deliberação sobre a rejeição, a aprovação ou, ainda, a modificação do plano de recuperação apresentado pelo devedor, como dispõe o art. 35 da lei⁷²:

Art. 35. A assembleia geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:

I - na recuperação judicial:

- a) **aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;**
- b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição;
- c) (VETADO)
- d) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4º do art. 52 desta Lei;
- e) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor;
- f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores; (grifo nosso)

Nesse sentido, convém dizer que uma das maiores inovações trazidas pela nova legislação falimentar foi o destaque dado a esse órgão. Julio Mandel corrobora para essa visão ao afirmar que a AGC é um órgão do processo que reúne os interesses dos credores e, por essa razão, o autor considera que esse órgão “é o ápice do processo, a decisão assemblear é o ato mais relevante, e até mesmo por

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6332> <Acesso em: 01 dez. 2019> p. 140.

⁷¹ MARIANO, Alvaro Augusto Camilo. **Abuso de voto na recuperação judicial**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 73doi:10.11606/T.2.2012.tde-12042013-161616. Acesso em: 06 nov. 2019.

⁷² BRASIL. Lei 11.101/2005. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Brasília, DF: Senado, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm> <Acesso em: 19 out. 2019>

isso (ou justamente por isso), sua decisão deve ser respeitada pelos demais órgãos do processo”.⁷³

Ela vai se apresentar como o local em que os credores têm garantido o direito de presença, o direito de voz - momento no qual o plano é debatido - e, por fim, o direito político de voto, quando decidem sobre a aprovação ou rejeição do plano em questão⁷⁴.

3.2.1 Dos aspectos

A Assembleia Geral dos Credores é composta por quatro classes de credores, quais sejam, os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho; titulares de créditos com garantia real; titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados; e titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte, conforme dispõe o art. 41 da Lei nº 11.101/05. Vale salientar que esta última classe não constava na redação original, sendo incluída quase dez anos depois pela Lei Complementar 147/2014. Veja-se:

Art. 41. A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores:

I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;

II – titulares de créditos com garantia real;

III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte. (grifo nosso)

No que tange à convocação da Assembleia Geral, sempre será feita pelo juiz, seja de ofício ou por provocação. Quando de ofício, a convocação decorrerá de objeção formulada por um credor e terá como objetivo a decisão acerca da aprovação, rejeição ou modificação do Plano de Recuperação apresentado no

⁷³ MANDEL, Julio Kahan. Aspectos práticos da assembleia geral de credores – recuperação judicial. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, v. 12, 2019. Revista dos Tribunais Online DTR\2019\35316

⁷⁴ MARIANO, Alvaro Augusto Camilo. **Abuso de voto na recuperação judicial**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 73doi:10.11606/T.2.2012.tde-12042013-161616. Acesso em: 06 nov. 2019. p. 208

processo recuperatório ou, quando do afastamento do devedor, para que seja feita a escolha de um gestor judicial, como aponta Sérgio Campinho⁷⁵.

Quando provocada por iniciativa do devedor, terá como objetivo a apreciação da desistência do pedido de recuperação, tendo este já sido deferido pelo juiz. A hipótese mais comum é aquela em que a convocação vai decorrer da provocação dos credores, já que figuram como maiores interessados dentro do processo recuperatório, é o que conclui o Campinho. Entretanto, para que seja possível requerer ao magistrado do feito a convocação da AGC, deve ser observado o parâmetro legal de, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) do total de créditos de determinada classe⁷⁶. Salieta-se que a convocação da AGC não possui caráter obrigatório. Assim, uma vez que não seja suscitada qualquer objeção, o Plano é homologado pelo juiz nos mesmos moldes em que foi proposto pelo devedor.

A legislação prevê alguns requisitos para que a AGC seja convocada, tais como, a data máxima de 150 dias após o deferimento do processamento da recuperação para sua realização; o edital deverá ser publicado em jornais de grande circulação e nos órgãos oficiais; este deve, ainda, ser fixado de maneira aparente na sede do estabelecimento empresarial e em suas filiais, com no mínimo de 15 dias da data prevista para sua realização; o referido edital deverá conter: local, data e hora; a ordem do dia e o local em que estará uma cópia do plano de recuperação em questão, para que os credores interessados possam ter acesso⁷⁷.

A primeira convocação tem como requisito a presença dos titulares de mais da metade dos créditos de cada classe, contados pelo valor. Caso o quórum não seja alcançado, é feita a segunda convocação, em que não há uma quantidade mínima de credores presentes para que a assembleia seja instalada. A legislação estabelece, portanto, um quórum de deliberação qualificado para a votação do plano de recuperação⁷⁸.

⁷⁵ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Editora Renovar. 2006, p. 76.

⁷⁶BRASIL. Lei 11.101/2005. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Brasília, DF: Senado, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm> Acesso em: 22 de out. 2019. art. 36.

⁷⁷ BRASIL. Lei 11.101/2005. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Brasília, DF: Senado, 2005. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm <Acesso em: 22 de out. 2019. art. 36.

⁷⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 161

3.2.2 O exercício do direito de voto

A utilização do voto como instrumento de manifestação coletiva remonta-se à Grécia antiga, no estabelecimento do estado democrático. Assim, tomava-se o voto de cada indivíduo com o fito de refletir a vontade preponderante daquele grupo. Conclui-se, portanto, que “o voto é uma manifestação individual e unilateral de vontade, tendente a produzir uma decisão coletiva”⁷⁹.

Assim, ao se transportar esse instrumento para o ambiente da Assembleia Geral de Credores, aponta-se o que prelecionam Scalzilli, Spinelli e Telechea⁸⁰, que demonstra a sua finalidade:

O voto é um mecanismo de defesa do interesse creditício, de modo que seu exercício por parte do credor deve estar pautado pela satisfação honesta e leal de seu crédito⁸¹. Essa é a “finalidade econômica”⁸² do voto. Perseguindo esse objeto os credores cumprem seu papel no procedimento assemblear recuperatório⁸³.

Cabe, portanto, dizer que, no âmbito assemblear, para que o direito de voto seja exercido, devem ser observados alguns requisitos. O mais básico deles, aquele que deve ser averiguado de imediato, é possuir a qualidade de credor. Associado a este, tem-se: pertencer a uma das quatro classes dispostas pelo art. 41; estar habilitado; não estar proibido de votar; e subscrever a lista de presença da assembleia⁸⁴.

Em regra, o direito a voz e voto na assembleia é assegurado a todos os credores admitidos na recuperação judicial, quais sejam, aqueles que estão listados na última relação de credores apresentada pelo devedor, momento em que se consolida o quadro geral de credores⁸⁵.

Faz-se mister trazer à baila aqueles que não terão direito a voto, nem sequer serão considerados para fins de verificação de quórum, que são aqueles credores

⁷⁹ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 355-356.

⁸⁰ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na lei 11.101/2005**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 207.

⁸¹ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de voto na assembleia geral de credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 74

⁸² CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação Judicial de sociedade por ações**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 300.

⁸³ BUSCHINELLI, op. cit., p. 74.

⁸⁴ SCALZILLI, op. cit., p. 201.

⁸⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 416.

titulares de créditos não sujeitos ou que não tiveram suas condições originais de pagamento alteradas pelo plano. Ainda, os sócios do devedor, as sociedades coligadas, controladoras, controladas ou aquelas que tenham sócio ou acionista com participação maior que 10% (dez por cento) do capital social do devedor⁸⁶.

A lista se estende, ainda, às sociedades em que o devedor ou algum dos seus sócios detenham participação maior que 10% (dez por cento) do capital social, assim como cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até o segundo grau, descendente ou ascendente do devedor, administrador, sócio controlador, membro do conselho consultivo, fiscal. Não possuem direito de voto, contudo, têm assegurado o direito de participar da assembleia, como aponta Cinira Gomes Lima Melo⁸⁷.

Convocada a Assembleia Geral de Credores, nos termos do art. 36 do mesmo diploma legal, apura-se o voto de cada credor proporcionalmente ao crédito cujo valor fora indicado no quadro geral. Salienta-se, ainda, que as deliberações tomadas por esta têm força vinculativa, pois não atingem apenas aqueles credores que estiveram presentes na sessão assemblear e convergiram com o resultado final, mas também os ausentes, os divergentes e, ainda, aqueles que se abstiveram. Entendendo necessária a confluência das vontades individuais de cada credor, produz-se a vontade da comunhão de credores.⁸⁸

Decorre dessa confluência de vontades individuais a sujeição compulsória dos credores atingidos pela recuperação. Isso porque a decisão de propor em juízo a recuperação judicial é de exclusividade do devedor. Aqueles têm sua esfera jurídica alterada sem qualquer possibilidade de resistência (considerando a hipótese de já ter sido consolidado o quadro geral de credores). É por esse motivo que vai se assemelhar às sociedades (ou à comunhão de debenturistas de uma companhia). O

⁸⁶ BRASIL. Lei 11.101/2005. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Brasília, DF: Senado, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm> Acesso em: 22 de out. 2019. art. 43

⁸⁷ MELO, Cinira Gomes Lima. **O plano de recuperação judicial como negócio jurídico plurilateral: a análise da existência, da validade e da eficácia**. 2016. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, PUC, São Paulo. 2016.

⁸⁸ MARIANO, Alvaro Augusto Camilo. **Abuso de voto na recuperação judicial**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-12042013-161616. Acesso em: 06 nov. 2019. p. 208

que a difere dos demais é a ausência de voluntariedade, uma vez que esta é imposta pelo ato da propositura da ação de recuperação judicial⁸⁹.

3.3 ABUSO DE DIREITO NA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES

Em uma primeira análise perfunctória dos institutos atinentes a este tópico, pode-se traçar um breve perfil histórico do instituto do Abuso de Direito no Brasil. Esse não estava previsto expressamente no Código Civil de 1916, contudo o art. 160, inciso I do referido código, dispunha que os atos praticados no exercício regular de um direito reconhecido não constituíam ato ilícito. Nas últimas décadas de vigência, o código ganhou grande projeção no que tange a utilização do princípio da boa-fé no deslinde desse “problema jurídico”⁹⁰.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, a figura do abuso de direito ganhou destaque. Com a sua positivação, pode-se dizer que a configuração do abuso de direito dar-se-á no momento em que o sujeito se utiliza da prerrogativa de um direito subjetivo para exceder os fins a ele inerentes. Como aponta Tatiana Bonatti Peres em seu artigo sobre o tema:

A redação do art. 187 nos permite extrair o seguinte conceito: abusa do direito quem, em seu exercício (ou na sua omissão) extrapolar de forma manifesta os seus fins econômicos ou sociais, a boa-fé ou os bons costumes. [...] ⁹¹

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald apontam como grande contribuição à concepção da teoria do abuso de direito o trabalho desenvolvido por Louis Jossierand, que demarcou as bases estruturais deste instituto. São elas: a titularidade de um direito subjetivo; a utilização deste nos limites objetivos traçados por lei; e, por fim, a confrontação do elemento pessoal com a função do fim do direito em causa⁹². Para ele, ao particular que perseguisse um motivo legítimo seria concedido todo direito subjetivo. Assim, configurar-se-ia o abuso de direito - figura de

⁸⁹ Ibid., p. 210

⁹⁰ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2016.tde-24102016-155244. Acesso em: 11 nov. 2019.

⁹¹ PERES, Tatiana Bonatti. Abuso do direito. Revista de Direito Privado, vol. 43, p. 9-71, 2010. p.14

⁹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, vol 1: parte geral e LINDB**. 13. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 581.

aplicação geral ao desempenho de todos os direitos - quando o direito, inicialmente legítimo, fosse desviado do fim para o qual foi concebido⁹³.

É possível, ainda, reunir em dois grupos principais as teorias do abuso de direito, quais sejam: a objetivista e a subjetivista. Elas irão se diferenciar de acordo com a presença ou não de elemento volitivo quando da caracterização do abuso⁹⁴. A teoria objetiva considera o abuso de direito a consequência do exercício anormal do direito, sem considerar a intenção do agente⁹⁵, tratando-se, portanto, de responsabilidade civil objetiva⁹⁶; já a teoria subjetiva entende que a culpa do agente é suficiente para caracterizar como abusivo o ato⁹⁷.

Mostra-se indiscutível a natureza ilícita do abuso de direito, posto que está disciplinado no Código Civil de 2002 no Título III, do Livro III da Parte Geral, denominado “Dos Atos Ilícitos”, não ficando, entretanto, adstrito ao Direito Civil ou ao direito privado. Trata-se, dessa maneira, de um princípio geral de ampla aplicação nos mais diversos campos do direito e, também, posições jurídicas⁹⁸.

Avalia-se, portanto, o sentido ético e não psicológico quando da aferição da prática ou não do abuso de um direito subjetivo. Não importa, assim, o *animus* do agente, mas sim se este se comportou de acordo com o princípio da boa-fé⁹⁹. Corrobora para tal entendimento o posicionamento fixado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em seu enunciado de nº 37 da I Jornada de Direito Civil *in verbis*: “A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”¹⁰⁰

⁹³ BUSCHINELLI, op. cit.

⁹⁴ MARIANO, Alvaro Augusto Camilo. **Abuso de voto na recuperação judicial**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 34 doi:10.11606/T.2.2012.tde-12042013-161616. Acesso em: 2019-11-06.

⁹⁵ CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do Direito**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 69

⁹⁶ TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos: do código de defesa do Consumidor ao novo código civil**. São Paulo: Método, 2005, p. 186 e 187.

⁹⁷ PERES, Tatiana Bonatti. Abuso do direito. Revista de Direito Privado, v. 43, p. 9-71, 2010. Revista dos Tribunais Online. p.23

⁹⁸ MARIANO, op. cit., p. 48

⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao Novo Código Civil, v. 3, tomo 2, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 124.

¹⁰⁰ Jornada de Direito Comercial (1.: 2012: Brasília, DF) I Jornada de Direito Comercial, [23-24 de outubro de 2012, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. 61 p. >.

3.3.1 O abuso do direito de voto

No âmbito da Assembleia Geral de Credores, discute-se a respeito do abuso do direito quando, no exercício do direito de voto, a legitimidade do interesse do credor votante é questionada. Isso porque esse, ao exercer seu direito de voto, não precisa justificá-lo. No entanto, pelo princípio da boa-fé e, ainda, considerando o princípio da preservação da empresa, o credor deve votar não apenas visando o recebimento dos seus créditos, mas sim com o objetivo de manter em funcionamento aquela empresa economicamente viável à recuperação. Questiona-se, então, em que momento o exercício do direito de voto se transforma em um ato ilícito, qual seja, o abuso do direito?

Newton de Lucca exemplifica ao dizer que um credor que rejeita o plano de recuperação de uma empresa concorrente com o objetivo único de retirá-la do mercado deixa evidente que seu voto vai de encontro com o seu interesse enquanto credor, o que, na visão do autor, ficaria configurado o abuso do direito de voto¹⁰¹. Já no entendimento de Mariano, “o abuso de voto caracteriza-se pelo exercício desse direito político em desacordo com as finalidades que a lei impõe ao assegurá-lo a seu titular¹⁰²”.

No mesmo sentido preconizado pelo art. 187 do Código Civil - a saber, o caráter ilícito do abuso de direito -, o Enunciado 45 da I Jornada de Direito Comercial orienta que “O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito¹⁰³”. Entende Alberto Camiña que esse dispositivo é tipificado como cláusula geral, tendo a sua realidade jurídica distinta dos princípios e regras, cujo conteúdo determina-se através do caso concreto¹⁰⁴.

¹⁰¹ DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; LEONARDI ANTONIO, Nilva M. (coord.). **Direito Recuperacional II: Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 228.

¹⁰² MARIANO, Alvaro Augusto Camilo. **Abuso de voto na recuperação judicial**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-12042013-161616. Acesso em: 2019-11-06. p. 218

¹⁰³ Jornada de Direito Comercial (1.: 2012: Brasília, DF) I Jornada de Direito Comercial, [23-24 de outubro de 2012, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. 61 p.

¹⁰⁴ MOREIRA, Alberto Camiña. Abuso do credor e do devedor na recuperação judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. (Coords.). **Dez anos da Lei**

Ao se considerar a natureza negocial do plano de recuperação, torna-se inevitável a aplicação do dispositivo alhures referenciado - por analogia ou por subsidiariedade - como norma de incidência direta no procedimento recuperatório. Assim, utiliza-se deste como ponto de partida para reconhecer o abuso do direito de voto no âmbito assemblear. Isso porque seu caráter contratualista confere ao juiz do feito à possibilidade de valer-se das regras gerais de direito privado, nesse caso o Código Civil¹⁰⁵.

É o que também entende a jurisprudência pátria, no sentido de que o voto proferido no âmbito da assembleia não se limita ao aceite ou a recusa do plano, devendo considerar as funções sociais dispostas na legislação falimentar e, em especial, os princípios pontuados no art. 47¹⁰⁶. A decisão tomada repercute, como já tratado no capítulo anterior, nas diversas esferas, não somente entre os atores do processo recuperatório, mas na sociedade como um todo, que suporta seus impactos.

Uma vez consolidado o entendimento de que o voto, por ser um instrumento de manifestação coletiva, deve expressar a vontade de uma coletividade e, ainda, considerando sua grande relevância dentro do processo recuperacional, deve observar, como já dito, os propósitos preconizados pela LREF, tendo como o principal deles a preservação da empresa. Assim, “Essa ‘finalidade social’ do voto, embora sujeita a determinados temperamentos individuais, impede o exercício do voto abusivo¹⁰⁷”.

É possível, ainda, distinguir o abuso de direito de voto em duas hipóteses, quais sejam, o abuso positivo do direito de voto e o abuso negativo do direito de voto. No abuso positivo, o credor se utiliza do direito de voto para perseguir interesses estranhos à comunhão, seja para obter vantagem para si ou para prejudicar os demais credores. Na perspectiva do direito comparado, o *Bankruptcy*

nº11.101/2005: Estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Editora Almedina. 2015. p. 178.

¹⁰⁵ MOREIRA, Alberto Camiña. Abuso do credor e do devedor na recuperação judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. (Coords.). **Dez anos da Lei nº11.101/2005: Estudos sobre a lei de recuperação e falência.** São Paulo: Editora Almedina. 2015. p. 179-180.

¹⁰⁶ GUARDA, Luis Henrique. GUEDES, Gustavo de Assis. Controle judicial da legalidade dos planos de recuperação. In: SILVEIRA, Arthur Alves; BÁRIL, Daniel; FERNANDES JR, João Medeiros. (Orgs). **Recuperação Judicial de Empresas: temas atuais.** Porto Alegre: OAB/RS, 2018. p. 177.

¹⁰⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e pratica na lei 11.101/2005.** São Paulo: Almedina, 2016. p. 201.

Code, legislação do direito norte-americano, determina que a corte pode, a pedido de parte interessada, anular o voto - de qualquer parte - que não tenha sido pautado na boa-fé, quando da decisão de aceitação ou rejeição do plano de recuperação¹⁰⁸.

No Brasil, essa hipótese não se configura pela perseguição da melhor satisfação dentro do plano de recuperação. O credor está sujeito ao dever de lealdade, logo, abusa do direito de voto quando o exerce em dissonância com a comunhão de interesses, privilegiando interesses estranhos à sua condição de credor. Para tanto, é necessário analisar o caso concreto em que aquele direito foi exercido de maneira excessiva¹⁰⁹.

Em contrapartida, o abuso negativo do direito de voto ocorre quando o credor apresenta um comportamento prejudicial à comunhão de credores, sem qualquer fundamento legítimo. Entende-se por prejudicial a conduta que o credor assume para provocar a rejeição do plano, mesmo que este não o prejudique. Contudo, não há disposição expressa que sancione essa conduta na legislação recuperacional brasileira¹¹⁰, como se verá mais adiante.

Conclui-se, da análise do instituto do abuso do direito, que quando exercido o direito de voto no âmbito da Assembleia Geral de Credores, este vai refletir de maneira direta na decisão do magistrado, no sentido de que este pode anular o voto abusivo, donde pode decorrer a aprovação forçada do plano, através da aplicação do instituto do *cram down*, que será visto detalhadamente no próximo capítulo.

3.4 O CONFLITO DE INTERESSES

¹⁰⁸ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembléia geral de credores**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 77- 80. doi:10.11606/D.2.2016.tde-24102016-155244. Acesso em: 11 nov. 2019.

¹⁰⁹ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembléia geral de credores**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 77- 80. doi:10.11606/D.2.2016.tde-24102016-155244. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 81-82.

¹¹⁰ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembléia geral de credores**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 77- 80. doi:10.11606/D.2.2016.tde-24102016-155244. Acesso em: 11 nov. 2019. p.112.

De acordo com o parecer cuja relatoria foi do Senador Ramez Tebet, um dos princípios adotados - quando da análise do projeto de lei que criou a Lei de Recuperação de Empresas e Falências - é o da participação ativa dos credores:

[...] é desejável que os credores participem ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de que, diligenciando para a defesa de seus interesses, em especial o recebimento de seu crédito, otimizem os resultados obtidos com o processo, com redução da possibilidade de fraude ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida¹¹¹.

Faz-se mister, portanto, trazer à baila o que é entendido como interesse. Assim, Mariano conceitua-o como uma relação estabelecida entre um sujeito que tem determinada necessidade e um bem que é apto a atender tal necessidade¹¹². Nesse sentido, o autor apresenta algumas hipóteses que vêm sendo admitidas como de conflito de interesses, quais sejam, aquelas que causam um prejuízo desproporcional para parte dos credores, que favoreçam particularmente a um credor e, ainda, aquelas deliberações que não são úteis para ninguém¹¹³.

Uma questão de grande relevância está relacionada à verificação do abuso de direito nos casos de conflito material - ao contrário do conflito formal, em que há a presunção absoluta da existência do conflito de interesses, impedindo o direito de voto, este se verifica em momento futuro, depois de sabido o significado do voto, uma vez que não há regra que possa excluir, em um primeiro momento, o voto do credor¹¹⁴.

Contudo, dada a complexidade das relações que permeiam um processo de recuperação judicial, torna-se hercúlea a tarefa de identificar, de maneira inequívoca, algo que represente o interesse comum dos credores, uma vez que cada um deles participa ativamente do processo na conquista do seu próprio interesse, seguindo a lógica capitalista¹¹⁵. Nesse sentido, hesita-se ao afirmar que existe a possibilidade

¹¹¹ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. Parecer nº 534 de 2004. **Diário do Senado Federal**. Brasília-DF, 10 de junho de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>> Acesso em: 20 out. 2019.

¹¹² MARIANO, Alvaro Augusto Camilo. **Abuso de voto na recuperação judicial**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-12042013-161616. Acesso em: 2019-11-06. p. 108

¹¹³ Ibid., p. 293.

¹¹⁴ BORTOLINI, Pedro Rebello. **Anotações sobre a assembleia-geral de credores na Lei de recuperação de empresas e falências (Lei nº 11.101/2005)**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2017.tde-03042017-103849. Acesso em: 2019-11-11. p. 260-261.

¹¹⁵ Ibid., p. 262.

de identificar se o abuso estaria na oposição entre interesse particular do credor e o interesse comum a todos. Assim, reporta-se mais adequado falar em interesses juridicamente tutelados e os não tutelados¹¹⁶.

Pedro Rebello Bortolini apresenta exemplos das duas hipóteses. Na primeira, quando da ausência de amparo legal, aponta “o caso do credor que, sendo ao mesmo tempo concorrente do devedor, utiliza-se do voto como instrumento para eliminar a competição”. Nesse sentido, o autor entende que é abuso, muito embora seja necessária uma análise de eventual desvio de conduta. Na segunda hipótese, na qual os interesses são juridicamente tutelados, salienta-se que não estão limitados ao recebimento do crédito, o que ocorre quando “os credores trabalhistas votem a favor do plano visando a manutenção dos seus empregos, e não propriamente ao recebimento do seu crédito.”¹¹⁷

Como se vê no tópico 3.2.2 *supra* deste trabalho, o legislador, no art. 43 da LREF, optou por proibir o exercício do direito de voto de alguns credores, entendendo que haveria um conflito de interesses dada a proximidade entre aqueles listados e a futura recuperanda. Contudo, a doutrina entende que apontar as hipóteses de proibição de voto se mostra complicado e, por vezes, impossível, considerando que o ponto a ser analisado é a motivação do credor, que apresenta alto grau de subjetividade. Sugere-se, nesse sentido, que o credor faça constar em ata a fundamentação do seu voto, impossibilitando que esse seja considerado controverso¹¹⁸.

3.5 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ABUSO DE DIREITO DE VOTO

No que diz respeito à sanção, percebe-se que a Lei nº 11.101/05 não contempla o abuso no exercício do direito de voto, situação em que os credores vão atender aos seus próprios interesses. Caberá, portanto, ao juiz do feito impor sanções com aplicação sistemática de leis civis e penais que punem o ato

¹¹⁶ Ibid., p. 263.

¹¹⁷ BORTOLINI, Pedro Rebello. **Anotações sobre a assembleia-geral de credores na Lei de recuperação de empresas e falências (Lei nº 11.101/2005)**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 263. doi:10.11606/D.2.2017.tde-03042017-103849. Acesso em: 11 nov. 2019.

¹¹⁸ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na lei 11.101/2005**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 204-206.

infracionário quando, na análise do caso concreto, restar demonstrada hipótese de abuso de direito¹¹⁹.

Tendo em vista a ausência de dispositivos específicos, é necessário adotar não somente as disposições do Código Civil, mas também aquelas advindas da Lei nº 6.404/76, a Lei de Sociedade por Ações, em seu art. 115, *in verbis*:

Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas¹²⁰.

Essencialmente, fica demonstrado que esse dispositivo se configura como uma das modalidades de abuso de direito disposta no art. 187 do Código Civil, qual seja, a violação dos limites impostos pelo fim econômico e social. Nesse sentido, o credor que, no exercício do seu direito político de voto, contraria o interesse social disposto no supracitado art. 115 da LSA, trespassa o “fim econômico e social” determinado pelo legislador¹²¹.

Nesse sentido, podem ser apontadas duas consequências quando averiguado o abuso do direito de voto, quais sejam, a invalidade do voto exercido e a responsabilização civil do credor. No primeiro caso, tendo o Código Civil considerado o abuso de direito ato ilícito, o voto abusivo deve ser considerado nulo. Contudo, a doutrina pátria entende que a deliberação aprovada por meio desse não é considerada nula, mas sim anulável, sendo considerada inválida e, portanto, deixa de gerar efeitos¹²².

Quanto à responsabilização do credor cujo voto gerou danos a outrem, essa se enquadra na hipótese de responsabilidade subjetiva, uma vez que não existem fundamentos que possam impor responsabilidade objetiva ao sujeito. O seu caráter

¹¹⁹ GONÇALVES, Oksandro Osdival; DE SIQUEIRA, Felipe de Poli. A aprovação do plano de recuperação de empresas: uma questão de escolha à luz da teoria dos jogos. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 133, p. 335-391. 2014. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/233>> Acesso em: 20 out. 2019. p.373.

¹²⁰ BRASIL. Lei 6.404/1976. **Lei de Sociedades por Ações**. Brasília, DF: Senado, 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

¹²¹ MARIANO, Alvaro Augusto Camilo. **Abuso de voto na recuperação judicial**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 295-296. doi:10.11606/T.2.2012.tde-12042013-161616. Acesso em: 06 nov. 2019.

¹²² BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 144. doi:10.11606/D.2.2016.tde-24102016-155244. Acesso em: 11 nov. 2019.

subjetivo, entretanto, não obsta a reparação do dano, ficando o credor obrigado a repará-lo, conforme disposição legal do art. 927, *caput*, do Código Civil: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo¹²³”.

Como se vê, caberá ao magistrado proceder com a análise do caso concreto e avaliar se existe ou não o abuso do direito no exercício do direito de voto. Nesse sentido, é elucidativa a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do AI nº 01008440720138260000¹²⁴:

Recuperação judicial. Aprovação do plano de recuperação apresentado, a despeito de ter sido rejeitado em Assembleia Geral de Credores. Homologação conforme teoria denominada "cram down". Controle judicial de legalidade. Desconsideração dos votos dos credores em razão de abuso de direito. Enunciados nº 44 e 45 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (CJF). **Aplicação do princípio da preservação da empresa economicamente viável.** Credores pertencentes a uma única classe, a dos créditos quirografários. Ausência de deságio. Aumento do faturamento da empresa desde a data do pedido de recuperação judicial. **Abuso do exercício do direito de voto reconhecido. Manutenção da decisão que homologou o plano de recuperação judicial.** Agravo de instrumento desprovido.* (TJ-SP - AI: 01008440720138260000 SP 0100844-07.2013.8.26.0000, Relator: José Reynaldo, Data de Julgamento: 03/02/2014, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 07/02/2014) (grifo nosso)

No caso em tela, da análise do inteiro teor, verificou-se que o plano foi rejeitado por três dos vinte e cinco credores presentes. Contudo, esses três credores detinham mais de 70% dos créditos sujeitos a recuperação. Depreende-se, portanto, não ser possível a aprovação sem a anuência destes credores, que se tornam responsáveis pelo destino da empresa recuperanda. O *decisum* salienta, ainda, a importância do atendimento aos fins social e econômico impostos pela LREF, considerando abusiva a rejeição injustificada por parte desses credores ao obstar a recuperação da empresa. Por fim, entende pela possibilidade da aplicação do *cram down* relativizando a soberania das decisões assembleares em razão da constatação do abuso de direito.

¹²³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, seção 1, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

¹²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial. AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 01008440720138260000, Relator Desembargador José Reynaldo. Julgado em 03/02/2014. Dje 07/02/2014

4 A APLICAÇÃO DO *CRAM DOWN* À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

Como pode ser visto ao longo deste trabalho, a Lei de Recuperação de Empresas e Falências traz consigo uma grande carga principiológica, deixando claro quais os postulados que a norteiam e que devem, portanto, ser utilizados tanto nas decisões tomadas pelos credores, quanto nas decisões judiciais.

Observou-se também que o plano de recuperação, quando rejeitado por não alcançar o quórum legal, enseja a decretação da falência, que deve ser convolada em sede de sentença. Esta é a regra. Contudo, a nova legislação falimentar apresenta-nos outra possibilidade, qual seja, a aprovação do plano pelo magistrado desde que tenham sido preenchidos os requisitos do §1º, art. 58 do referido diploma, como uma espécie de quórum alternativo. A esta hipótese convencionou-se, pela doutrina pátria, chamar de *cram down* brasileiro, inspirado no instituto de igual nome oriundo da lei de falência estadunidense, o *Bankruptcy Code*.

Estabelecidas até aqui as bases necessárias à discussão do cerne deste ensaio, será feita uma análise mais aprofundada do referido instituto, apresentando um panorama da legislação falimentar norte-americana, nos dois últimos séculos, de modo a criar o ambiente ideal à discussão das diferenças apresentadas entre o instituto do *cram down* original e o instituto na legislação brasileira.

Com isso, passar-se-á a análise do controle jurisdicional na decisão que concede o benefício da recuperação judicial a empresa em colapso econômico-financeiro em oposição à autonomia privada e o caráter soberano da Assembleia Geral de Credores.

4.1 CONCEITO

A doutrina se posiciona de forma majoritária ao estabelecer um conceito para o *cram down*. No sentido de que este é um mecanismo que possibilita a aprovação do plano de reorganização pelo juízo falimentar com a finalidade de soerguimento da empresa em crise quando esta se mostrar economicamente viável. Uma vez concedido, o benefício se estenderá a todos os credores vinculados ao plano,

incluindo os credores dissidentes¹²⁵. Em sentido similar, Manoel Justino Bezerra Filho ensina que “(...) o juiz pode conceder a recuperação judicial, mesmo que o plano tenha sido rejeitado na assembleia. Configura-se aqui o chamado *cram down* (...)”¹²⁶.

O termo *cram down* foi empregado pela doutrina estadunidense, não tendo sido utilizado de maneira expressa em sua legislação - tampouco na legislação brasileira. Este traduz-se como um mecanismo que possibilita a concessão do benefício da recuperação pela Corte mesmo quando uma das classes não está de acordo com os termos apresentados no plano. No Brasil, este instituto, também descrito como um mecanismo, permite a imposição do plano aos credores dissidentes aprovado por uma maioria através da interferência do magistrado¹²⁷, que deverá conceder a recuperação quando preenchido o quórum alternativo do art. 58.

Considerando que a empresa em crise pode ter seu plano aprovado a despeito de objeção apresentada por uma classe, apelidou-se o procedimento de *cram down*, que é definido por Deborah Kirschbaum como “A expressão, consagrada pelo uso coloquial, deriva da ideia de “enfiar o plano goela abaixo” do credor dissidente¹²⁸.”

Curiosamente, também há outra expressão utilizada para denominar o referido instituto, qual seja *washout*, que pode ser traduzido como “eliminação”. Isto se dá pelo fato de que o julgador descarta os votos que rejeitaram o plano ou, ainda, pode também ser compreendido como “diluição”, considerando que a manifestação majoritária é dissolvida¹²⁹.

¹²⁵ BELNOSKI, Alexandra Marilac. **A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O CRAM DOWN E CREDORES DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**. Revista de Direito Recuperacional e Empresa | vol. 11/2019 | Jan - Mar / 2019. p. 2.

¹²⁶ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico] : Lei 11.101/2005 : comentada artigo por artigo** / Manoel Justino Bezerra Filho. -- 5. ed. --São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹²⁷ MARTINS, Glauco alves. **O cram down no direito brasileiro: comparação com o direito estrangeiro e evolução jurisprudencial**. Revista de Direito Empresarial | vol. 20/2016 | p. 153 - 193 | Nov / 2016 DTR\2016\24311 p. 2-3.

¹²⁸ KIRSCHBAUM, Deborah. **A recuperação judicial no Brasil: governança, financiamento extraconcursal e votação do plano**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-03062011-104905. Acesso em: 2019-11-11. p. 187.

¹²⁹ OLIVEIRA, Fabrício de Souza; MELO, Keylla dos Anjos. **Problemas na aplicação do “cram down” brasileiro: uma proposta alinhada à teoria de Richard Posner**. In: Direito empresarial Coleção Conpedi/Unicuriitba. Organizadores : Orides Mezzaroba / Raymundo Juliano Rego Feitosa / Vladimir Oliveira da Silveira / Viviane Coêlho Séllos-Knoerr. Coordenadores : Márcia Carla Pereira Ribeiro / Sandro Mansur Gibran / Antônio Carlos Diniz Murta. Título independente - Curitiba - PR . :

4.2. A LEI Nº 11.101/2005 E O CHAPTER 11 DO BANKRUPTCY CODE

Apresentado o conceito do referido instituto, faz-se mister retomar a discussão sobre a nova legislação falimentar brasileira para tratar de aspectos atinentes à aplicação do instituto do *cram down* no escopo do ordenamento jurídico brasileiro.

Observou-se que o direito falimentar, ou da empresa em crise, por meio do estudo comparado entre a legislação brasileira e a norte americana, criou princípios e institutos próprios que delimitam a intervenção do Estado-juiz na superação do desígnio tanto para o devedor quanto para os credores. Para tanto, a legislação previu casos em que a intervenção jurisdicional se faz necessária para obstar decisões eivadas por interesses egoísticos e, portanto, incompatíveis com a função pública do direito falimentar¹³⁰.

Com o advento da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, instaurou-se no ordenamento pátrio o instituto da Recuperação Judicial, cujo objetivo-mor é o soerguimento da empresa em crise, tendo como consectário o princípio da preservação da empresa. Dessa maneira, percebe-se que o legislador resgatou o sentido etimológico da palavra concordata¹³¹, que deriva do latim *concordatum*, cujo sentido atribuído genericamente é de acordo, transação, ajuste¹³², de modo a estabelecer um sistema negocial. Salienta-se que o regime de concordata revogado pela Lei nº 11.101/05 não remetia originalmente a este sentido, uma vez que buscava exclusivamente à liquidação do crédito devido.

No direito brasileiro - com notória inspiração na legislação falimentar norte-americana -, a sistemática da recuperação judicial tem por objetivo promover um ambiente favorável à negociação entre credores e devedor. Este ambiente propício ao acordo é, certamente, a assembleia dos credores. Por este motivo, parte da

vol.14 - 1ª ed. Clássica Editora, 2014. 538p. p. 299-323. Disponível em: <http://www.editoraclassica.com.br/novo/ebooksconteudo/Dir%20Empresarial.pdf> <acesso em: 20 nov. 2019> p. 309.

¹³⁰ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial**. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, Editora Revista dos Tribunais, ano 10, nº 36, pp. 184-199;

¹³¹ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 249.

¹³² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico** / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes – 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 514.

doutrina entende que a decisão assemblear não deve ser questionada pelo Poder Judiciário, salvo nos casos em que fique demonstrado o abuso do direito por parte do credor ou na hipótese do §1º do art. 58¹³³.

Destarte, tem-se que uma das mudanças mais expressivas trazidas pela nova legislação foi em relação a participação dos credores na aprovação ou rejeição do Plano de Recuperação através da Assembleia Geral de Credores, tratada no capítulo anterior. Nesse sentido, há a participação ativa dos credores no processo de recuperação, uma vez que estes são os maiores interessados no restabelecimento do *status quo ante* daquele estabelecimento comercial, visando o recebimento dos seus créditos.

Muito embora a lei tenha conferido a esses credores um papel de extrema relevância dentro do processo recuperatório - o que parte da jurisprudência denomina como “soberania dos credores” - estes não podem se afastar do núcleo axiológico estabelecido pela LREF¹³⁴, que pôde ser visto no primeiro capítulo, quando abordados os princípios da preservação e função social da empresa.

Nesta senda, buscando a consecução desses princípios, a nova legislação previu, em seu art. 58, a possibilidade de homologação forçada do Plano de Recuperação pelo juiz. Este instituto, importado da legislação estadunidense, é chamado também pela doutrina brasileira de *Cram Down*. Apresenta-se, para tanto, o US Bankruptcy Code, a Lei de Falências norte-americana, uma vez que o diploma legal adrede mencionado teve como inspiração o seu capítulo 11.

4.2.1 Da influência do *US Bankruptcy Code* no ordenamento brasileiro

Necessário se faz, para tanto, uma breve digressão histórica acerca deste sistema. A primeira lei de falências dos Estados Unidos - *The 1800 Act* -, aprovada neste ano, foi praticamente uma cópia da já existente lei inglesa (*English Act*). Na era colonial, muitos estados tinham leis abrangentes que regulavam as relações

¹³³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas** / Fábio Ulhoa Coelho - 11. ed. rev., atual. e ampl.. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.243.

¹³⁴ CAVALCANTI, Arthur Miranda. **A atuação do Poder Judiciário e a efetividade da superação da crise da empresa**. Revista de Direito Privado. vo. 93. ano 19. p. 187-206. São Paulo: Ed. RT, setembro/2018. p. 191

devedor-credor. Alguns deles eram leis de falência e em outros eram leis de insolvência. A prisão por dívida era comum nas colônias e, depois, nos estados, até metade do século XIX¹³⁵.

No ano de 1867, criou-se o primeiro sistema de recuperação de empresas com a “Lei de Companhias Ferroviárias”, que regulamentava medidas de prevenção à liquidação de empresas do ramo ferroviário através da reorganização. A partir do ano de 1898, esse benefício se estendeu as empresas de outros ramos com o *Bankruptcy Act*¹³⁶. Este diploma marcou o início da era de legislações falimentares permanentes nos Estados Unidos¹³⁷.

A promulgação do *Chandler Act* aconteceu no ano de 1938, com a finalidade de instaurar o processo recuperatório através da apresentação de um plano elaborado pelos credores e aprovado pelo *Securities and Exchange Commission - SEC*. Foi somente no ano de 1978 que surgiu um novo diploma, o *The Bankruptcy Reform Act of 1978*, no qual o benefício foi estendido às pequenas e médias empresas¹³⁸. No outono de 1994, o Congresso aprovou a maior lei de falência, o *Bankruptcy Reform Act of 1994*, significativa por dois aspectos: pela criação da segunda Comissão Nacional de Revisão e pela quantidade sem precedentes de emendas¹³⁹.

Observou-se até aqui que foram muitas as modificações realizadas pelo Congresso na legislação falimentar norte-americana até os dias atuais. Entende-se que os principais diplomas foram aqui pontuados. Parte-se, assim, para análise do *Bankruptcy Code*. Dentre seus quinze capítulos, destacam-se o *Chapter 7 - Bankruptcy Liquidation* e o *Chapter 11 - Bankruptcy Reorganization*.

O capítulo 7 trata do procedimento de liquidação, em que os ativos do devedor são liquidados através do *trustee*¹⁴⁰ e o seu resultado é partilhado entre os

¹³⁵ TABB, Charles, **The history of the bankruptcy laws in the United States**, ABI Law Review, Vol. 3:5, 1995. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2316255. p. 12.

¹³⁶ MAY, Yduan de Oliveira; FARIAS, Lucas Ferreira de. **A implementação do cram down - comparação entre a lei brasileira de falências e o capítulo onze do US Bankruptcy Code**. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 44, n. 143, Dezembro, 2017. p. 435.

¹³⁷ TABB, op. cit. p. 23.

¹³⁸ SCHLAUCHER, Débora Guedes; OLIVEIRA, Diogo Luís Manganelli de. **O instituto do cram down e seus efeitos no ordenamento jurídico pátrio**. Revista Eletrônica das Faculdades Integradas Vianna Júnior. v. 7. n. 2. Juiz de Fora. jul/dez de 2016. p. 76-77

¹³⁹ TABB, op. cit. p. 42.

¹⁴⁰ Vera Helena de Mello Franco o apresenta como: “um agente indicado pelo US Trustee para a administração do caso nos Chapters 7,12 e 13 ou pela assembleia de credores no caso do Chapter

credores considerando a ordem de prioridade, se assemelhando à falência na legislação brasileira. Já o capítulo 11, cujo objetivo é promover a reorganização, em geral, das sociedades (corporações - S/A), de acordo com a aprovação de um plano, guarda semelhanças com o procedimento de recuperação judicial¹⁴¹.

Na visão de Charles Tabb, os ideais normativos - ou principais justificativas - do Capítulo 11 são: maximizar o valor da empresa; distribuir esse valor de forma justa e equitativa entre os interessados que merecem; salvaguardar os empregos; minimizar o efeito cascata causado pelo fracasso da empresa; e, por fim, deve fazer essas quatro coisas com um custo aceitável, sem causar mais danos¹⁴².

Em relação aos dois capítulos aqui mencionados, a lei norte-americana possui algumas especificidades que acabam por distanciá-la da legislação falimentar brasileira. No que tange ao capítulo 11, a diferença mais significativa está na elaboração do plano de recuperação. Enquanto a Lei nº 11.101/05 confere ao devedor a tarefa de elaborar o plano que será submetido à aprovação dos credores; no *Bankruptcy Code* esta tarefa será de competência do síndico, cargo equivalente ao administrador judicial e deve ser submetido ao exame da SEC¹⁴³.

Apresentado o parecer da SEC, passa-se à análise do cumprimento dos requisitos formais, que será realizada pelo juiz e, estando de acordo com a lei, o plano deve ser posto à deliberação dos credores - assim como no Brasil, os credores são divididos em classes. Sua aprovação ocorre mediante a anuência de dois terços em cada classe, cujo critério para a contabilização do voto é o crédito¹⁴⁴.

Para que o *cram down* seja aplicado, exige-se a observação de alguns requisitos legais, quais sejam: que seja viável, que atenda ao melhor interesse dos credores, que seja aprovado por pelo menos uma das classes, não apresente

11". cf. FRANCO, Vera Helena de Mello. **O MODELO FALIMENTAR NORTE-AMERICANO - PARTICULARIDADES. RELEVO AOS CAPÍTULOS 7, 11,12, 13 E 15 DO BANKRUPTCY CODE.** Revista de Direito Empresarial | vol. 7/2015 | p. 149 - 171 | Jan - Fev / 2015 DTR\2015\1403.

¹⁴¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. **O MODELO FALIMENTAR NORTE-AMERICANO - PARTICULARIDADES. RELEVO AOS CAPÍTULOS 7, 11,12, 13 E 15 DO BANKRUPTCY CODE.** Revista de Direito Empresarial | vol. 7/2015 | p. 149 - 171 | Jan - Fev / 2015 DTR\2015\1403. p. 2-3

¹⁴² TABB, Charles. **What's Wrong with Chapter 11?**. University of Illinois College of Law Legal Studies Research Paper No. 19-15. Number of pages: 29. p. 3.

¹⁴³ MAY, Yduan de Oliveira; FARIAS, Lucas Ferreira de. **A implementação do cram down - comparação entre a lei brasileira de falências e o capítulo onze do US Bankruptcy Code.** Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 44, n. 143, Dezembro, 2017. p. 435-436.

¹⁴⁴ Ibid. p. 436.

discriminação injusta e seja justo e equitativo¹⁴⁵. A previsão legal do instituto encontra-se na *Section 1129 (b) do Bankruptcy Code*¹⁴⁶:

(1) Não obstante a seção 510 (a) deste título, se todos os requisitos aplicáveis da subseção (a) desta seção que não o parágrafo (8) forem respeitados em relação ao plano, o tribunal, a pedido do proponente do plano, deve confirmá-lo não obstante os requisitos deste parágrafo, se o plano não **discrimina injustamente**, e é **justo e equitativo**, no que diz respeito a cada classe de reivindicações ou cujo interesse possa ser prejudicado, e não aceitou, o plano. (tradução livre) (grifo nosso)¹⁴⁷

O *unfair discrimination* (discriminação injusta), consiste no tratamento discriminatório e injusto aplicado à classe dissidente, motivo pelo qual o julgador deve ficar adstrito ao exame das condições impostas pelo plano a esta classe¹⁴⁸. Este requisito trata das relações horizontais dos credores, uma vez que o devedor não pode promover um tratamento diferenciado a credores de situações análogas, tampouco colocá-los em classes diferentes¹⁴⁹.

Do mesmo modo, considera-se *fair and equitable* (justo e equitativo) o plano que se submete às prioridades interclasses, sendo este o requisito que se correlaciona à proibição ao não cumprimento da ordem de recebimento dos créditos¹⁵⁰. Assim, a relação estabelecida é vertical e busca evitar a prevalência de classes subordinadas em detrimento das classes privilegiadas¹⁵¹. Cabe salientar que ambos os requisitos são aplicáveis exclusivamente aos casos de *cram down*.

Desse modo, pode ser pontuada a discricionariedade do magistrado na decisão de reorganização. Isso porque, o juiz deve confirmar o plano já aprovado pelos credores mediante a análise de três requisitos: *best interest of creditors test*;

¹⁴⁵ LIMA FILHO, Gerardo Alves. **O Paradoxo do Processo de Recuperação Judicial de Empresas no Brasil: análise da aplicação do cram down como mecanismo de ajuste do sistema**. 180 f. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília. Programa de Mestrado em Direito. Orientador: Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz. p. 141.

¹⁴⁶ U.S. Code. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text>> Acesso em: de 10 novembro de 2019.

¹⁴⁷ “(1) Notwithstanding section 510(a) of this title, if all of the applicable requirements of subsection (a) of this section other than paragraph (8) are met with respect to a plan, the court, on request of the proponent of the plan, shall confirm the plan notwithstanding the requirements of such paragraph if the plan does not discriminate unfairly, and is fair and equitable, with respect to each class of claims or interests that is impaired under, and has not accepted, the plan.”

¹⁴⁸ VAUGHN, Gustavo Fávero; BORTOLO, Henrique Ceolin; VEIGA, Natália Salvador. **Três pontos para reflexão sobre a reforma da lei de recuperação judicial e falência brasileira**. In: Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 4, nº 3. p. 443-472. 2018. 460-461.

¹⁴⁹ MARIANO, Alvaro Augusto Camilo. **Abuso de voto na recuperação judicial**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-12042013-161616. Acesso em: 2019-11-06. p. 289.

¹⁵⁰ VAUGHN. op. cit. P. 460-461.

¹⁵¹ MARIANO. op. cit. p. 290.

feasibility e *impaired classes*. O primeiro deles analisa se o credor do plano não receberá menos do que viria a receber na falência; o segundo, é um dos mais importantes para a confirmação do plano, em que o juiz deve estar convencido da viabilidade do plano; e, por fim, o último requisito traz da necessidade de aprovação do plano por todas as classes de credores afetadas. É este o requisito que pode ser suprido pela aplicação do instituto do *cram down* na legislação norte-americana¹⁵².

Uma vez apresentadas as condições de superação do veto estabelecidas pela legislação norte-americana, podem ser percebidas as distinções desta com as dispostas pelo ordenamento brasileiro na Lei nº 11.101/05, que resolveu adotar outros requisitos para aplicação deste mesmo instituto, dispostos no art. 58¹⁵³:

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

O dispositivo recebe duras críticas por parte da doutrina no sentido de que seria insuficiente para barrar o veto de uma classe e mais, pela discrepância com o *cram down* da legislação estrangeira, em especial, dos Estados Unidos. À rigor do dispositivo, compete ao juiz averiguar a presença dos requisitos objetivos atinentes à votação, ou seja, apenas se foi alcançada a quantidade de votos necessárias à utilização do instituto. Entende-se, nesse sentido, que não há uma brecha para que

¹⁵² VAUGHN, Gustavo Fávero; BORTOLO, Henrique Ceolin; VEIGA, Natália Salvador. **Três pontos para reflexão sobre a reforma da lei de recuperação judicial e falência brasileira**. In: Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 4, nº 3. p. 443-472. 2018. 460-461.

¹⁵³ BRASIL. Lei 11.101/2005. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Brasília, DF: Senado, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm <Acesso em: 15 out. 2019>

o julgador promova uma análise meritória da ação, constituindo um dever e não mera faculdade¹⁵⁴.

Não há um consenso na doutrina no que diz respeito a interpretação deste artigo. A corrente majoritária assevera que não existe margem para a atuação discricionária do magistrado, tampouco que este apresente um conceito aberto, lhes dando margem para interpretação. Em sentido diverso, há aqueles que advogam pela majoração dos poderes do Estado-juiz, que não deve ser limitado à homologação do plano aprovado, lhes dando abertura para apreciar aspectos formais e materiais¹⁵⁵.

Sobre o tema, Eduardo Secchi Munhoz diz se tratar de “um falso dilema”, uma vez que o sistema falimentar precisa buscar uma resposta procedimental que possibilite a interferência do Estado-juiz quando o comportamento dos credores se distanciar dos valores principiológicos da LREF. Deve-se, portanto, procurar regras de procedimento que efetivem os postulados do art. 47 desta lei de modo a sistematizar os interesses afetados pela crise por meio da ascensão do juiz ao papel de presidente do feito, bem como o papel de árbitro dos eventuais desvios de conduta que obstem o cumprimento dos objetivos legais¹⁵⁶.

4.2.2 A aplicação *cram down* no processo recuperacional brasileiro

Superada esta discussão, entende-se que devem ser levadas em consideração tanto as relações verticais quanto as horizontais quando da utilização do mecanismo de superação do veto, de maneira que o julgador tenha uma visão ampla da lide e, assim, possa proferir uma decisão mais acertada, mormente porque lhe foi atribuído mais discricionariedade dentro da sistemática recuperacional, devendo aclimatar-se com as nuances dos processos falimentares. Nesse sentido, o

¹⁵⁴ MARIANO, Alvaro Augusto Camilo. **Abuso de voto na recuperação judicial**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-12042013-161616. Acesso em: 06 nov. 2019. p. 289-290.

¹⁵⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **ANOTAÇÕES SOBRE OS LIMITES DO PODER JURISDICIONAL NA APRECIÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 36 | p. 184-199 | Abr / 2007. p. 5.

¹⁵⁶ Ibid. p. 6.

legislador deveria nortear-se na integralidade do diploma norte-americano, de modo que seja feita uma nova interpretação para o *cram down* brasileiro¹⁵⁷.

No entendimento de Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli “o fundamento do *cram down* assenta sobre o princípio da preservação da empresa”. Esse princípio permite que o juiz amplie a interpretação dos dispositivos legais para além dos seus limites literais. Para tanto, deve fazer a ponderação entre o princípio da preservação da empresa e o princípio da segurança jurídica¹⁵⁸.

O que tem se verificado é o crescimento dos julgados que desconsideram os votos proferidos em assembleia sob o fundamento do abuso de direito e, por este motivo, o plano é declarado aprovado. Algumas dessas decisões chegam a utilizar expressamente o termo *cram down* em sua fundamentação. Para Glauco Alves Martins, a utilização do termo nesta situação não se mostra adequada e deveria ser evitada, considerando que o referido instituto é assim denominado pela doutrina norte-americana em razão do seu caráter impositivo, qual seja, o de superação da decisão válida e regular deliberada em assembleia, por meio de decisão judicial, que não atingiu o quorum legal¹⁵⁹.

No mesmo sentido, parte da doutrina entende que a hipótese levantada - desconsideração do voto por abuso de direito - não se compatibiliza com a essência do instituto, uma vez que é enquadrada em outra situação, qual seja, a não contabilização do voto em virtude do contexto ilícito que está inserido. Assim, entende-se que estas não se encaixam nas hipóteses autorizativas do *cram down*¹⁶⁰.

Destarte, a Teoria Jurídica Falimentar é apontada pela doutrina como um dos problemas para a aplicação do *cram down* pelo ordenamento brasileiro, uma vez que ela se desenvolve em conformidade com o direito posto, o que restringe a decisão

¹⁵⁷ VAUGHN, Gustavo Fávero; BORTOLO, Henrique Ceolin; VEIGA, Natália Salvador. **Três pontos para reflexão sobre a reforma da lei de recuperação judicial e falência brasileira**. In: Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 4, nº 3. p. 443-472. 2018. p.20.

¹⁵⁸ AYOUN, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 289-290.

¹⁵⁹ MARTINS, Glauco Alves. **O *cram down* no direito brasileiro: comparação com o direito estrangeiro e evolução jurisprudencial**. Revista de Direito Empresarial | vol. 20/2016 | p. 153 - 193 | Nov / 2016 DTR\2016\24311. p. 10.

¹⁶⁰ Ibid., p. 10.

judicial a um único fundamento jurídico, qual seja, a soberania da decisão assemblear, que acaba por vincular a decisão do julgador¹⁶¹.

Entende-se, para tanto, que deve haver mais diálogo entre o juízo e os credores, com o fito de afastar-se do antagonismo que guiou, por muitas décadas, as legislações falimentares. Isso porque, o novo diploma permite que os objetivos por ele delineados - principalmente no art. 47 - sejam analisados pelas partes que compõem esta lição à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade¹⁶².

É como se posiciona Jorge Lobo, ao dizer que os objetivos da LREF só serão alcançados se o magistrado e os credores empenharem-se “(a) na ponderação dos princípios da preservação e da função social da empresa(...)” e, ainda, “(b) na ponderação dos fins imediatos da LRE (...) por meio do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade(...)”¹⁶³

Do mesmo modo, Janaína Vaz defende em sua tese que a lógica estabelecida pela nova legislação poderá ser atingida através de três níveis de atuação judicial:

(a) controle de legalidade estrita, baseada na verificação, pelo magistrado, do atendimento aos procedimentos e vedações impostos pela LRE; (b) controle de juridicidade, por meio do qual o Poder Judiciário avaliará se as medidas adotadas pelos credores no âmbito de sua autonomia privada estão em consonância com os princípios gerais de direito (boa-fé, probidade, lealdade, etc.); e (c) controle de adequação à diretrizes impostas pela própria LRE, por meio do qual os juízes se encarregarão de verificar se, além de observarem os princípios gerais do direito, os arranjos obtidos entre a devedora e os credores em decorrência de sua autonomia negocial atendem aos objetivos da LRE, qual sejam, a tutela da empresa viável e a tutela da recuperabilidade do crédito.¹⁶⁴

Janaína Vaz aponta, ainda, três dispositivos da Constituição Federal, que quando aplicados, atuarão como baliza na análise da necessidade (ou não) de

¹⁶¹ OLIVEIRA, Fabrício de Souza; MELO, Keylla dos Anjos. **Problemas na aplicação do “cram down” brasileiro: uma proposta alinhada à teoria de Richard Posner.** In: Direito empresarial Coleção Conpedi/Unicuritiba. Organizadores : Orides Mezzaroba / Raymundo Juliano Rego Feitosa / Vladimir Oliveira da Silveira / Viviane Coêlho Séllos-Knoerr. Coordenadores : Márcia Carla Pereira Ribeiro / Sandro Mansur Gibran / Antônio Carlos Diniz Murta. Título independente - Curitiba - PR . : vol.14 - 1ª ed. Clássica Editora, 2014. 538p. p. 299-323. Disponível em: <http://www.editoraclassica.com.br/novo/ebooksconteudo/Dir%20Empresarial.pdf> <acesso em: 20 nov. 2011> p. 14.

¹⁶² VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas:** atuação do juiz. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. doi:10.11606/D.2.2016.tde-17062016-190654. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 57-58.

¹⁶³ LOBO, Jorge. Comentários in: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP : Saraiva, 2012. 624 p. ISBN 9788502156524 (enc.). p.

¹⁶⁴ VAZ. op. cit. p. 58-59.

atuação do juiz nas decisões tomadas no âmbito assemblear no que concerne ao futuro da empresa, são eles: o art. 5º, inciso XXXV¹⁶⁵ (inafastabilidade da tutela jurisdicional), o art. 5º¹⁶⁶, *caput (par conditio creditorum)* e o art. 170¹⁶⁷ (princípios da ordem econômica). Assim, muito embora a assembleia geral seja considerada autônoma, não é possível se distanciar do controle do Poder Judiciário, considerando que esta não possui competência para decidir sobre questões de direito e ordem pública¹⁶⁸.

4.3 OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUIZ NA APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO

O debate acerca dos limites do poder jurisdicional, quando da apreciação do plano de reorganização, remanesce, mesmo passados quase quinze anos da promulgação da Lei nº 11.101/05. Se por um lado, existem aqueles que veem no juiz a figura de um “guardião do interesse público” e nutrem, ainda, uma desconfiança quanto aos interesse dos credores, no sentido de que estes estariam maculados por

¹⁶⁵ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹⁶⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade(...).

¹⁶⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁶⁸ VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. doi:10.11606/D.2.2016.tde-17062016-190654. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 60-61.

interesses próprios. Do outro, estão os que não creem que o magistrado possa apresentar soluções mais eficientes que os próprios credores¹⁶⁹.

Partindo da premissa de que os credores são os sujeitos que melhor conhecem seus interesses, surge o princípio da autonomia dos credores. Nesse sentido, as deliberações por eles tomadas são válidas e eficazes, quando obedecida a forma estabelecida em lei, independentemente de fundamentação¹⁷⁰.

Ao estabelecer critérios objetivos e cumulativos para permitir a aprovação do plano na forma do instituto, o legislador deixou - de maneira não intencional - a cargo da prática forense a tarefa de estabelecer as orientações do controle judicial da real situação econômico-financeira em que se encontra o devedor e na verificação de abuso de direito do voto que rejeitou o plano. Com efeito, é possível inferir que foi dada maior importância à decisão da assembleia, apequenando o poder do julgador¹⁷¹, cuja função se encerra na homologação do plano e no seu controle de legalidade.

Lado outro, considerando que a LREF teve como alicerce princípios e cláusulas gerais, abriu-se espaço para o que a doutrina convencionou chamar de “Direito dos Juízes”. Nesse sentido, após a vigência da nova lei, levantou-se o debate sobre a incidência de regras e princípios terem sido afastados em razão da aplicação dos princípios ou, ainda, sob o argumento da operabilidade da lei, o que contradiz o posicionamento de que o papel do magistrado se limita ao exercício da atividade homologatória e formal¹⁷². Impende salientar que a aplicação do instituto encontra respaldo no princípio do livre convencimento motivado do juiz, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal¹⁷³. Assim, o juiz tem competência para

¹⁶⁹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **ANOTAÇÕES SOBRE OS LIMITES DO PODER JURISDICIONAL NA APRECIÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 36 | p. 184 | Abr / 2007. p. 1.

¹⁷⁰ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **O PODER DOS CREDITORES E O PODER DO JUIZ NA FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL**. Revista dos Tribunais | vol. 936/2013 | p. 43 | Out / 2013. p. 3.

¹⁷¹ VAUGHN, Gustavo Fávero; BORTOLO, Henrique Ceolin; VEIGA, Natália Salvador. **Três pontos para reflexão sobre a reforma da lei de recuperação judicial e falência brasileira**. In: Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 4, nº 3. p. 443-472. 2018. p. 458.

¹⁷² BRANCO, op. cit. p. 5-6.

¹⁷³ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

aprovar o plano, desde que esteja em conformidade com os postulados dispostos no art. 47 da LREF¹⁷⁴.

4.4 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

Malgrado, a legislação falimentar brasileira determina expressamente que a concessão da recuperação se dará com a aprovação da maioria dos credores, o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decidiram pela aplicação do *cram down* de modo a obstar a rejeição do plano em assembleia quando há credor único em alguma das quatro classes. Essa forma de interpretação teleológica vem empregando valores abstratos alicerçados nos princípios jurídicos da função social e preservação da empresa¹⁷⁵.

A jurisprudência brasileira apresenta como uma das soluções para este deslinde o emprego do abuso de direito como meio para combater um posicionamento egoístico dos credores¹⁷⁶ em prejuízo aos interesses sociais - nos dois sentidos possíveis: os interesses da sociedade empresária, qual seja, o de dar continuidade a atividade e também ao interesse da sociedade em sentido lato, uma vez que esta também é obrigada a suportar os reflexos de uma empresa em crise.

Outrossim, tem-se também que muitas decisões judiciais têm utilizado como *background* o fundamento do princípio da preservação da empresa, por este ser o núcleo axiológico do procedimento de recuperação judicial, de modo a justificar a superação do veto dos credores e, ainda, mitigar requisitos legais para garantir a concessão da recuperação.

¹⁷⁴ BELNOSKI, Aleksandra Marilac. **A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O CRAM DOWN E CREDORES DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**. Revista de Direito Recuperacional e Empresa | vol. 11/2019 | Jan - Mar / 2019. p. 4.

¹⁷⁵ LIMA FILHO, Gerardo Alves. **O Paradoxo do Processo de Recuperação Judicial de Empresas no Brasil: análise da aplicação do cram down como mecanismo de ajuste do sistema**. 180 f. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília. Programa de Mestrado em Direito. Orientador: Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz. p. 69.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Fabrício de Souza; MELO, Keylla dos Anjos. **Problemas na aplicação do “cram down” brasileiro: uma proposta alinhada à teoria de Richard Posner**. In: Direito empresarial Coleção Conpedi/Unicuritiba. Organizadores : Orides Mezzaroba / Raymundo Juliano Rego Feitosa / Vladimir Oliveira da Silveira / Viviane Coêlho Séllos-Knoerr. Coordenadores : Márcia Carla Pereira Ribeiro / Sandro Mansur Gibran / Antônio Carlos Diniz Murta. Título independente - Curitiba - PR . : vol.14 - 1ª ed. Clássica Editora, 2014. 538p. p. 299-323. Disponível em: <http://www.editoraclassica.com.br/novo/ebooksconteudo/Dir%20Empresarial.pdf> <acesso em: 20 nov. 2011> p. 15.

O Recurso Especial nº 1.337.989¹⁷⁷ em que contende Banco do Brasil S/A (Classe dos credores de garantia real) e WS Indústria e Comércio LTDA teve a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. Em seu voto, o Ministro trouxe à baila o art. 47 da Lei 11.101/05 e defendeu que este “encarta o princípio da preservação da atividade empresarial, servindo como parâmetro a guiar a operacionalidade da recuperação judicial”. E continua ao dizer que a reorganização da unidade produtiva em crise promove “a concretização do mandamento constitucional voltado à realização da função social da empresa”.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO. APROVAÇÃO JUDICIAL. CRAM DOWN. REQUISITOS DO ART. 58, § 1º, DA LEI 11.101/2005. EXCEPCIONAL MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 1. A Lei nº 11.101/2005, com o intuito de evitar o "abuso da minoria" ou de "posições individualistas" sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise empresarial, previu, no § 1º do artigo 58, mecanismo que autoriza ao magistrado a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra decisão assemblear. 2. A aprovação do plano pelo juízo não pode estabelecer tratamento diferenciado entre os credores da classe que o rejeitou, devendo manter tratamento uniforme nesta relação horizontal, conforme exigência expressa do § 2º do art. 58. 3. O microsistema recuperacional concebe a imposição da aprovação judicial do plano de recuperação, desde que presentes, de forma cumulativa, os requisitos da norma, sendo que, em relação ao inciso III, por se tratar da classe com garantia real, exige a lei dupla contagem para o atingimento do quórum de 1/3 - por crédito e por cabeça -, na dicção do art. 41 c/c 45 da LREF. 4. No caso, foram 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, pois "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). Ademais, a recuperação judicial foi aprovada em 15/05/2009, estando o processo em pleno andamento. 5. Assim, **visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, é que deve agir o magistrado com sensibilidade na verificação dos requisitos do cram down, preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela sua flexibilização**, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores. 6. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp: 1337989 SP 2011/0269578-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 08/05/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/06/2018) (grifo nosso)

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1.337.989, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 08/05/2018. DJe 04/06/2018.

No caso em tela, tanto o juiz de piso como o Tribunal *a quo* entenderam pela aplicação do *cram down*, logo, pela concessão do benefício da recuperação judicial mesmo não tendo sido preenchidos, em sua integralidade, os requisitos do §1º do art. 58 (especificamente em relação ao inciso III) sob o fundamento do princípio da preservação da empresa. O Ministro destaca, ainda, que a decisão que concedeu a recuperação não desrespeitou o tratamento que deve ser dado aos credores dissidentes. E conclui:

“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.”

De modo similar, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou provimento ao Agravo de Instrumento nº 70076801760¹⁷⁸, apresenta-nos que os requisitos legais do §1º do art. 58 foram preenchidos, resultando na aplicabilidade do instituto do *cram down* nos autos da ação de recuperação judicial, entretanto, houve a mitigação de um critério em razão do que será exposto adiante:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO. INSTITUTO DA CRAM DOWN . APLICABILIDADE. CASO CONCRETO. I. Como é sabido, sob a ótica do instituto da Cram Down, **o Magistrado está autorizado a impor o plano de recuperação judicial aos credores discordantes, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 58, § 1º, I, II e III, e § 2º, da Lei nº 11.101/2005.** II. No caso concreto, houve o preenchimento de todos os requisitos presentes no art. 58, § 1º, da Lei de Falências. Nesse sentido, não representando um artifício visando obter a aprovação de plano inexecutável ou que vá de encontro aos interesses dos credores, o que não é o caso, mostra-se perfeitamente viável o plano de recuperação prever pequena distinção entre os credores da mesma classe que possuam interesses diversos. III. **Na hipótese fática, não restaram identificadas quaisquer irregularidades no plano de recuperação judicial apresentado**, no qual constam os prazos de pagamento e a respectiva forma. Nessa linha, os prazos para pagamento, eventuais deságios e a estipulação de juros abaixo de mercado podem ser livremente determinados pela recuperanda na elaboração do plano, cabendo aos credores na Assembleia Geral aprovar ou reprová-lo o plano que os estabelece, inclusive... no que tange à reorganização societária e alienação de ativos. IV. Aliás, **descabe ao Judiciário analisar eventual viabilidade econômica do plano de recuperação judicial, devendo prevalecer a vontade majoritária dos credores, constituída através da Assembleia Geral. Assim sendo, imperativa a manutenção da decisão que aplicou o**

¹⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70076801760. Relator Desembargador Jorge André Pereira Gailhard. Julgado 29/08/2018. DJe 05/09/2018.

instituto da Cram Down e homologou o plano de recuperação judicial da agravada. AGRADO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70076801760, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 29/08/2018).

(TJ-RS - AI: 70076801760 RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Data de Julgamento: 29/08/2018, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/09/2018)

Na leitura do seu inteiro teor, destacou-se a presença dos objetivos dispostos pelo art. 47 da LREF quando da análise do tempo de mercado da unidade produtiva e a magnitude do negócio, bem como ao asseverar que existem diversas pessoas cuja atividade produtiva está ligada a ela. No *decisum* ponderou-se a aplicação dos princípios da preservação da empresa e a observância do interesse dos credores por meio da razoabilidade e da proporcionalidade, preferindo o interesse geral comum sem, contudo, deixar de lado a viabilidade econômica da empresa.

Entretanto, o plano ostentado apresentou tratamento diferenciado para uma mesma classe de credores¹⁷⁹. Nesse sentido, os critérios foram relativizados de modo a conceder a recuperação. Justificou-se apresentando os votos contrários:

“[U]m dos votos contrários é de instituição financeira que não está preocupada com a preservação da empresa, sua função social e estímulo à atividade econômica.

Já o outro voto contrário, da Cooperativa Tritícola de Frederico Westpalen Ltda, também deve ser avaliado com reservas, haja vista que referida pessoa jurídica está em vias de iniciar atividade concorrente àquela do Laticínio Seberi Ltda, conforme comprovado nos documentos de fls. 1.014-1.015, e amplamente divulgado na mídia regional.”

Apresenta-se a seguir outra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo cujo instituto é aplicado, nos autos do Agravado de Instrumento nº 2043031-12.2018.8.26.0000¹⁸⁰:

Agravado de instrumento – Recuperação judicial – Decisão que homologou o plano de recuperação, pelo instituto do cram down, e que deferiu a alienação de ativos (automóveis) da recuperanda – **Inconformismo** – Acolhimento em parte mínima - **Análise da viabilidade econômica da recuperanda que compete aos credores – Juízo recuperacional que, em princípio, está limitado a analisar a legalidade das cláusulas do Plano de Recuperação** – Entendimento conforme o C. STJ e enunciados da I Jornada de Direito Comercial do CJF – Inexistência de nulidade na

¹⁷⁹ Na doutrina norte-americana proíbe-se que o devedor apresente um tratamento diferenciado entre credores da mesma classe que estejam em par de igualdade. Consiste no *unfair discrimination*. Ver *Section 1129 (b) do Bankruptcy Code*. Cf: U.S. Code. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text>> Acesso em: de 10 nov. 2019.

¹⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Grava Brazil. Julgamento: 13/05/2019. DJe: 16/05/2019.

decisão agravada – Princípio da não surpresa (art. 10, do CPC/15) que não é aplicável para a decisão que concede a recuperação pelo *cram down* (art. 58, § 1º, da Lei 11.101/05)– (...) Apesar do controle de legalidade resultar na ineficácia de algumas cláusulas do plano, as particularidades do caso concreto demonstram não existir necessidade de apresentação de novo plano ou de convolação em falência - Decisão de origem mantida, porém, com ressalvas no tocante à invalidade e à ineficácia de algumas das cláusulas do plano homologado – Recurso provido em parte mínima. (TJ-SP - AI: 20430311220188260000 SP 2043031-12.2018.8.26.0000, Relator: Grava Brazil, Data de Julgamento: 13/05/2019, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 16/05/2019)

No inteiro teor, a fundamentação da decisão apresentada aponta que houve o preenchimento do quórum legal exigido, uma vez que o plano de recuperação foi aprovado por 93,10% dos credores presentes, bem como obteve voto favorável de mais de 1/3 da classe na qual foi rejeitado. Outro ponto abordado foi em relação à viabilidade econômica da recuperanda, na qual o juízo, seguindo o entendimento dos enunciados nº 44 e nº 46 da I Jornada de Direito Comercial do CJF, pontua que não é de sua competência a análise da viabilidade da empresa. Nesse sentido, o *decisum* manteve a aplicação do instituto do *cram down*.

Do exame das decisões judiciais acima, nota-se que os Tribunais nem sempre existe a necessidade de mitigar requisitos legais para garantir a preservação da empresa. Contudo, muitas decisões se apropriaram do núcleo axiológico materializado no art. 47 da LREF, distanciando-se da interpretação literal do art. 58, de modo a se adequar com a política de recuperação. Não obstante, a maneira na qual vem sendo aplicada, utiliza-se de valores abstratos, desprovidos de base empírica¹⁸¹.

Enquanto o direito positivo concede matéria prima, a hermenêutica jurídica apresenta as técnicas a serem utilizadas pelo julgador, que aplica o direito de maneira a oferecer uma resposta satisfatória ao jurisdicionado, garantindo um fim prático ao processo. Em que pese a notória soberania dada a decisão dos credores pela legislação brasileira, não se pode olvidar da função criadora do juiz uma vez que toda decisão judicial cria o direito, que atua como um sistema de normas regulamentadoras. Exige-se do julgador um comportamento criativo, dentro dos

¹⁸¹ LIMA FILHO, Gerardo Alves. **O Paradoxo do Processo de Recuperação Judicial de Empresas no Brasil: análise da aplicação do *cram down* como mecanismo de ajuste do sistema**. 180 f. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília. Programa de Mestrado em Direito. Orientador: Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz. p. 69.

limites normativos, de modo a garantir a segurança jurídica dentro do Estado Democrático de Direito¹⁸².

A construção jurisprudencial da recuperação, contudo, traz à baila a insegurança jurídica derivada da ausência de parâmetros objetivos para decidir se a hipótese faz jus a uma interpretação mais flexível para garantir a preservação da empresa, como também quais os sacrifícios razoáveis a serem demandados dos credores sem prejudicar o mercado de crédito¹⁸³.

O papel da doutrina é fundamental no sentido de completar a lacuna deixada pelo legislador quando da elaboração da Lei 11.101/2005. Mais importante do que um quórum específico, propõe-se que a legislação falimentar brasileira adote princípios que considerem as relações verticais e horizontais dos credores, como o *fair and equitable* e *unfair discrimination*, respectivamente e o *best-interest-of-creditors*, em que o credor deve receber no processo de recuperação, no mínimo, aquilo que receberia na falência, todos originários da legislação falimentar americana. Para além destes, aponta-se para o aperfeiçoamento da legislação brasileira, conferindo mais discricionariedade ao julgador, para que atinja de forma satisfatória os objetivos enunciados pelo art. 47 da Lei nº 11.101/2005, valendo-se de conceitos jurídicos indeterminados¹⁸⁴.

¹⁸² CAVALCANTI, Arthur Miranda. **O Cram Down Na Recuperação De Empresas: Entre O Limite Da Atuação Do Poder Judiciário E A Efetividade Da Superação Da Crise Da Empresa** / Arthur Miranda Cavalcanti. - Recife: A. M. Cavalcanti, 2017. 136 f. Orientador: Professor doutor Alexandre Freire Pimentel. Dissertação (mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Centro de Ciências Sociais, 2017. P. 100-101.

¹⁸³ LIMA FILHO, Gerardo Alves. **O Paradoxo do Processo de Recuperação Judicial de Empresas no Brasil: análise da aplicação do cram down como mecanismo de ajuste do sistema**. 180 f. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília. Programa de Mestrado em Direito. Orientador: Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz. p. 57.

¹⁸⁴ Ibid., p. 160-165.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho vislumbrou variados aspectos do instituto da Recuperação Judicial, desde a primeira aparição da Concordata no Código Comercial de 1850, até a promulgação da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (Lei nº 11.101/2005), que inseriu o referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Essas legislações oscilaram ora na defesa dos interesses dos credores, ora na defesa do devedor, movimento entendido como dualismo pendular, cuja proteção se dava de acordo com a conjuntura político-econômica do momento. Ainda, foram analisadas as características, objetivos e, também, os princípios basilares do procedimento recuperacional. Ademais, fez-se necessário apresentar as teorias acerca da natureza jurídica da recuperação judicial, de modo a concluir que esta possui natureza contratualista, dada a relação negocial estabelecida entre o credor e o devedor.

Neste espeque, com o advento da LREF, construiu-se um novo paradigma de superação da crise econômico-financeira no Brasil através da recuperação de empresas. Os valores expressos no art. 47 da referida lei - a manutenção da fonte produtora - têm como consectário lógico o princípio da preservação da empresa. Eles evidenciam que os interesses abrangidos pelo processo de recuperação ultrapassam a relação credores-devedor, uma vez que as decisões por eles tomadas podem refletir de maneira significativa outros sujeitos, exógenos à lide. Sobretudo, quando se trata da deliberação do plano de recuperação judicial pela Assembleia Geral de Credores, que tem o condão de definir os rumos da unidade produtiva em questão, seja para aprová-lo, seja para rejeitá-lo.

Caso ocorra a rejeição, surge, neste cenário, a hipótese extraordinária de aprovação deste plano por meio da possibilidade disciplinada pelo §1º do art. 58 da Lei nº11.101/2005, qual seja, da interferência do magistrado no resultado do processo decisório assemblear, quando do preenchimento do quórum alternativo, por meio do instituto do *cram down*. Para tanto, analisou-se os aspectos que permeiam o plano de recuperação, dada a importância deste instrumento no bojo do processo recuperacional. Por meio deste, o devedor apresenta aos credores a maneira pela qual pretende superar seu colapso econômico financeiro. Assim, foram apresentados os requisitos legais dispostos no art. 53 da LREF, que definem o

conteúdo do referido plano e, por conseguinte, os requisitos necessários para a sua aprovação, dispostos no art. 45 do mesmo diploma legal, quais sejam, a aprovação por todas as classes de credores, bem como o atendimento aos critérios de cômputo do voto de cada uma delas.

Não se pode olvidar do *locus* onde são decididas as questões mais relevantes do processo, a Assembleia Geral de Credores, considerada o órgão mais importante dentro da lide. Por ela é garantido o direito político de voto, cuja discussão se concentrou na hipótese em que o credor, movido por interesses próprios (e exógenos à recuperação), vota pela rejeição do plano de recuperação judicial, de modo a obstar o soerguimento da empresa em crise, que seria fadada ao regime de falência. Malgrado o seu caráter soberano, existe, contudo, a possibilidade de intervenção judicial, na hipótese prevista pelo §1º do art. 58 da LREF. Seja pelo preenchimento do requisito legal, seja por meio do controle de legalidade ou, ainda, pela análise de viabilidade econômica da recuperanda, o juiz tem o dever de garantir que sejam atendidas as funções sociais preconizadas pela legislação falimentar.

Nesta circunstância, avalia-se se houve o abuso de direito, instituto do Direito Civil, disciplinado pelo art. 187 do Código Civil de 2002. Este instituto é invocado quando a legitimidade do interesse do credor é contestável, de modo a evitar que o interesse privado se sobreponha ao interesse público, seja para obter vantagem para si, seja para prejudicar outro credor, a prática deve ser coibida pelo Poder Judiciário através da anulação do voto abusivo, valendo-se de outros diplomas normativos como Código Civil e a Lei de Sociedades por Ações, tendo em vista a omissão da Lei nº 11.101/2005.

O controle jurisdicional da deliberação da Assembleia Geral de Credores se materializa através do instituto do *cram down*, originário da Lei de Falências norte-americana (*Bankruptcy Code*). Apresentou-se, para tanto, um panorama histórico do sistema falimentar nos Estados Unidos de modo a contextualizar o instituto dentro da legislação falimentar contemporânea.

Em sua legislação de origem, o referido instituto tem o condão de superar o veto dos credores, conferindo um alto grau de discricionariedade ao magistrado, que deve fazer uma análise meritória do caso. No primeiro momento, o juiz deve averiguar se o plano não discrimina injustamente a classe de credores dissidentes e,

por fim, que seja justo e equitativo, respeitando a ordem de recebimento dos créditos. No segundo momento, o juiz confirma o plano já aprovado pela Assembleia, a partir da análise do melhor interesse dos credores, da viabilidade econômica do plano e se este foi aprovado por todas as classes. Percebe-se que a legislação estrangeira fornece muitos mecanismos que possibilitam uma análise mais verossímil da situação econômico-financeira da empresa e, dessa maneira, a Corte pode proferir uma decisão mais justa e adequada ao caso *in concreto*.

Quando trazido para a legislação falimentar brasileira, o legislador forneceu apenas um requisito objetivo e rígido para a aplicação do instituto, qual seja, o preenchimento de quórum alternativo ao quórum disposto no art. 45 da Lei nº11.101/2005. Assim, observa-se que o julgador se limita a um requisito meramente formal, não lhe sendo conferido qualquer grau de discricionariedade, muito menos a possibilidade de imiscuir-se no mérito do processo.

Ocorre que não há na doutrina, tampouco na jurisprudência, um consenso acerca dos limites da atuação do magistrado dentro da Recuperação Judicial de modo a definir quais seriam os parâmetros razoáveis à intervenção judicial no feito com o objetivo de aplicar o instituto do *cram down*. Pergunta-se: qual a finalidade de importar um instituto sem lhe dar o arcabouço jurídico necessário para que ele possa produzir seus efeitos plenamente? Nota-se que o Brasil tem o costume histórico de importar institutos estrangeiros sem, contudo, se preocupar com a devida adequação ao ordenamento jurídico pátrio, bem como se há um arcabouço legal que permita sua correta aplicação.

Anterior à importação, faz-se necessário o estudo da sua essência, de modo a verificar o contexto em que o instituto foi criado, seus requisitos de aplicação, bem como a compatibilidade entre os ordenamentos jurídicos. Evita-se com esta postura, a criação de um instituto anômalo, que não satisfaz o seu propósito originário. Este pode ser o caso do *Cram Down* no Brasil, que se limitou a estabelecer critérios rígidos de preenchimento de quórum, bem como não conferiu qualquer discricionariedade ao julgador.

Observa-se que alguns Tribunais vêm adotando uma postura mais ativista na tentativa de preencher as lacunas deixadas pelo legislador ao mitigar o requisito estabelecido pelo §1º do art. 58, em especial, o inciso III, que versa sobre a

aprovação de mais de $\frac{1}{3}$ da classe dissidente. Isso porque, em regra, esta classe é composta por credores com garantia real, em sua maioria, instituições financeiras. Nesse sentido, estas teriam o maior volume de créditos e teriam em suas mãos o destino da empresa através do exercício do direito de voto. Assim, o julgador opta por flexibilizar tal critério legal e aplicar o *cram down* sob o fundamento de que a manutenção da fonte produtora viável deve se sobrepor aos interesses de um credor dissidente, concretizando o princípio da preservação da empresa.

Repise-se que a recuperação judicial tem o condão de garantir a manutenção e a continuidade da unidade produtiva, visando à circulação de riquezas, a proteção dos trabalhadores e dos interesses dos credores. A questão econômica que envolve a recuperação é notória, eis que se está diante de todos aqueles que fazem parte do centro produtivo e que podem sofrer os impactos. O pressuposto não é o benefício de uma ou outra parte, mas sim a garantia de que o mercado tenha um bom resultado para que não gere instabilidade e crise.

Faz-se mister, reforçar que o instituto do *cram down* pode ser utilizado pelo juízo, quando se fizer necessário, já que é um recurso que pode garantir a preservação da empresa quando o plano não for aprovado, muitas vezes por interesses particulares dos próprios credores. A aplicação do *cram down* tem respaldo legal, seja no artigo 58, § 1º, da Lei 11.101/2005, seja pelo princípio da livre iniciativa do juiz. Em ambos os casos, há garantia da aplicação sem excesso de abusividade por parte do Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho y Otros Ensayos**.

Barcelona: Gedisa, 1994. p. 75.

ASQUINI, Alberto. **PROFILI DELL'IMPRESA**. in Rivista del Diritto Commerciale, 1943, v. 41, I. Revista de Direito Mercantil Industrial, econômico e financeiro. Editora Revista dos Tribunais. Ano XXXV. n. 104. outubro-dezembro de 1996. Tradução de Fábio Konder Comparato.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BEBCHUK, Lucian A., **Chapter 11. The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law**, Vol. 3, pp. 219-224, 1998; Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 227. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=76648> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.76648> <acesso em: 31 out. 2019>

BELNOSKI, Aleksandra Marilac. **A posição da jurisprudência sobre o cram down e credores da alienação fiduciária na recuperação judicial**. Revista de Direito Recuperacional e Empresa | vol. 11/2019 | Jan - Mar / 2019

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico] : Lei 11.101/2005 : comentada artigo por artigo / Manoel Justino Bezerra Filho**. -- 5. ed. --São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 13. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 355-356.

BORTOLINI, Pedro Rebello. **Anotações sobre a assembleia-geral de credores na Lei de recuperação de empresas e falências (Lei nº 11.101/2005)**. 2013.

Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2017.tde-03042017-103849.

Acesso em: 11 nov. 2019.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **O poder dos credores e o poder do juiz na falência e recuperação judicial**. Revista dos Tribunais | vol. 936/2013 | p. 43 | Out / 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm <Acesso em: 12 out. 2019>

BRASIL. Lei 11.101/2005. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Brasília, DF: Senado, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm <Acesso em: 15 de out. 2019>

BRASIL. Lei 6.404/1976. **Lei de Sociedades por Ações**. Brasília, DF: Senado, 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, ano 139, n. 8, 11 jan. 2002, seção 1, p. 1-74. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. **Parecer nº 534 de 2004**. Diário do Senado Federal. Brasília-DF, 10 de junho de 2004. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>> Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.337.989**, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 08/05/2018. DJe 04/06/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1631762/SP**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgado em 19/06/2018, DJe 25/06/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Seção de direito privado câmara reservada à falência e recuperação. **Agravo de instrumento nº 0136362-29.2011.8.26.0000**, Relator Desembargador Pereira Calças. Julgado em 28 de fevereiro de 2013. DJe 20/08/2013

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial. **Agravo de instrumento nº 01008440720138260000**, Relator Desembargador José Reynaldo. Julgado em 03/02/2014. DJe 07/02/2014

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Grava Brazil. Julgamento: 13/05/2019. DJe: 16/05/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 70076801760**. Relator Desembargador Jorge André Pereira Gailhard. Julgado 29/08/2018. DJe 05/09/2018.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2016.tde-24102016-155244. Acesso em: 11 nov. 2019.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. **A nova lei de recuperação de empresas e falências: repercussão no direito do trabalho (lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005)**. Rev. TST, Brasília, vol. 73, no 4, out/dez 2007.

CAMPINHO, Sérgio. **FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESA: O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. 2ª Edição. Editora Renovar. Ano 2006.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do Direito**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 69

CARVALHO, Albadilo Silva. **Recuperação Judicial da empresa com fundamento no princípio da viabilidade econômico-financeira**. Revista Eletrônica de Derecho Comercial.

CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. **Regime Jurídico dos Fundos de Investimentos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

CAVALCANTI, Arthur Miranda. **A atuação do Poder Judiciário e a efetividade da superação da crise da empresa**. Revista de Direito Privado. vo. 93. ano 19. p. 187-206. São Paulo: Ed. RT, setembro/2018.

CAVALCANTI, Arthur Miranda. **O cram down na recuperação de empresas: entre o limite da atuação do poder judiciário e a efetividade da superação da crise da empresa** / Arthur Miranda Cavalcanti. - Recife: A. M. Cavalcanti, 2017. 136 f. Orientador: Professor doutor Alexandre Freire Pimentel. Dissertação (mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Centro de Ciências Sociais, 2017.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. Princípio da preservação da empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Tratado de direito comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo**. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 7, p. 13-36. COELHO, Fábio Ulhoa. **Tratado de direito comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo**. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 7.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas** / Fábio Ulhoa Coelho - 11. ed. rev., atual. e ampl.. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa** / Fábio Ulhoa Coelho. – 23. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O princípio da preservação da empresa na interpretação da lei de recuperação de empresas.** Revista Electrónica de Direito - Junho 2014 - nº2.

CORRÊA, Raphael Nehin. **Voto abusivo do credor ou abuso de direito do devedor? Uma análise crítica sobre a preservação da empresa economicamente viável em contraponto à preservação dos interesses do empresário (acionista controlador).** Revista de Direito Recuperacional e Empresa | vol. 6/2017 | Out - Dez / 2017 DTR\2017\7016

DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo & LEONARDI ANTONIO, Nilva M. (coord.) - **Direito Recuperacional II - Aspectos Teóricos e Práticos.** São Paulo: Quartier Latin, 2012.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **O princípio da preservação das empresas e o direito a economia de impostos.** In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Org.). Grandes Questões atuais do Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2006, v. 10.

DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. **Da Concordata à Recuperação: investigando a recuperação extrajudicial.** In: Direito Recuperacional aspectos teóricos e práticos. Org.: Nilva M. Leonardi Antonio. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo. Inverno de 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, volume 1 / Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal. - 13. ed. rev. , ampl. e atual. - São Paulo: Atlas, 2015.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. p. 45.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e recuperação da empresa em crise** / Vera Helena de Mello Franco, Rachel Sztajn. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **O modelo falimentar norte-americano - particularidades. Relevo aos capítulos 7, 11,12, 13 e 15 do bankruptcy code.**

Revista de Direito Empresarial | vol. 7/2015 | p. 149 - 171 | Jan - Fev / 2015
DTR\2015\1403.

GARCIA, Ricardo Lupion (Org.). **10 anos da lei de falências e recuperação judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas** [recurso eletrônico] / Ricardo Lupion Garcia (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016. 437 p. ISBN - 978-85-5696-028-3 Disponível em: <http://www.editorafi.org> <acesso em: 22 nov. 2019>

GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. **A falência e a preservação da empresa: compatibilidade?**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-19022013-102050. Acesso em: 16 out. 2019.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; DE SIQUEIRA, Felipe de Poli. **A aprovação do plano de recuperação de empresas: uma questão de escolha à luz da teoria dos jogos**. Revista da AJURIS, v. 41, n. 133, 2014. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/233>> Acesso em: 20 out. 2019.

GRAU, Eros. **O DIREITO PRESSUPOSTO E O DIREITO POSTO**. Revista dos Tribunais | vol. 673/1991 | p. 21 - 26 | Nov / 1991. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 2 | p. 109 - 119 | Maio / 2011 | DTR\1991\212

GUARDA, Luis Henrique. GUEDES, Gustavo de Assis. **Controle judicial da legalidade dos planos de recuperação**. In: Recuperação Judicial de Empresas: temas atuais/, Arthur Alves Silveira, Daniel Báril, João Medeiros Fernandes Jr. (Organizadores). – Porto Alegre: OAB/RS, 2018. 232p.

Jornada de Direito Comercial (1.: 2012: Brasília, DF) **I Jornada de Direito Comercial**, [23-24 de outubro de 2012, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. 61 p.

Jornada de Direito Comercial (1. : 2015 : Brasília, DF) **II Jornada de Direito Comercial**, [27 de fevereiro de 2015, Brasília]. -- Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Empresa, ordem econômica e constituição**. Comunicação apresentada no Seminário Luso-brasileiro sobre as Novas Tendências do Direito Civil. R. Dir. Adm. Rio de Janeiro, 212: 109-133. abr./jun. 1998.

KIRSCHBAUM, Deborah. **A recuperação judicial no Brasil: governança, financiamento extraconcursal e votação do plano**. 2009. Tese (Doutorado em Direito

Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-03062011-104905. Acesso em: 11 nov. 2019.

LIMA FILHO, Gerardo Alves. **O Paradoxo do Processo de Recuperação Judicial de Empresas no Brasil: análise da aplicação do cram down como mecanismo de ajuste do sistema.** 180 f. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília. Programa de Mestrado em Direito. Orientador: Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz.

LOBO, Jorge. Comentários in: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP : Saraiva, 2012. 624 p. ISBN 9788502156524 (enc.).

MANDEL, Julio Kahan. **Aspectos práticos da assembleia geral de credores – recuperação judicial.** Practical aspects of the assembly of creditors – Judicial recovery/chapter 11 Revista de Direito Recuperacional e Empresa | vol. 12/2019 | Abr - Jun / 2019 DTR\2019\35316

MARIANO, Alvaro Augusto Camilo. **Abuso de voto na recuperação judicial.** 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-12042013-161616. Acesso em: 06 nov. 2019.

MARTINS, Glauco Alves. **O cram down no direito brasileiro: comparação com o direito estrangeiro e evolução jurisprudencial.** Revista de Direito Empresarial | vol. 20/2016 | p. 153 - 193 | Nov / 2016 DTR\2016\24311

MARZAGÃO, Lídia Valério. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.) Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: doutrina e prática. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MATIAS, João Luis Nogueira. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada.** 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-06052010-140746. Acesso em: 16 out. 2019.

MAY, Yduan de Oliveira; FARIAS, Lucas Ferreira de. **A implementação do cram down - comparação entre a lei brasileira de falências e o capítulo onze do US Bankruptcy Code.** Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 44, n. 143, Dezembro, 2017

MELO, Cinira Gomes Lima. **O plano de recuperação judicial como negócio jurídico plurilateral: a análise da existência, da validade e da eficácia.** Doutorado em direito . Tese (Doutorado em Direito) – PUC. São Paulo. 2016.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Abuso do credor e do devedor na recuperação judicial.** In: Dez anos da Lei nº11.101/2005: Estudos sobre a lei de recuperação e falência. Coord.: Sheila C. Neder Cerezetti e Emanuelle Urbano Maffioletti. Editora Almedina. São Paulo. 2015.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial.** In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, Editora Revista dos Tribunais, ano 10, nº 36, pp. 184-199;

NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa.** – São Paulo : Saraiva, 2010.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa, v. 1: teoria geral da empresa e direito societário** / Ricardo Negrão. - 15. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA FILHO, João Glicério, **A hierarquização dos princípios da ordem econômica na constituição brasileira de 1988** / João Glicério de Oliveira Filho. – Salvador: J. G. Oliveira Filho, 2012. 122 f. Orientador: Professor Doutor Manoel Jorge e Silva Neto. Tese (doutorado) – Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito, 2012.

OLIVEIRA, Fabrício de Souza; MELO, Keylla dos Anjos. **Problemas na aplicação do “cram down” brasileiro: uma proposta alinhada à teoria de Richard Posner.** In: Direito empresarial Coleção Conpedi/Unicuritiba. Organizadores : Orides Mezzaroba / Raymundo Juliano Rego Feitosa / Vladmir Oliveira da Silveira / Viviane Coêlho Séllos-Knoerr. Coordenadores : Márcia Carla Pereira Ribeiro / Sandro Mansur Gibran / Antônio Carlos Diniz Murta. Título independente - Curitiba - PR . : vol.14 - 1ª ed. Clássica Editora, 2014. 538p. p. 299-323. Disponível em: <http://www.editoraclassica.com.br/novo/ebooksconteudo/Dir%20Empresarial.pdf> <acesso em: 20 nov. 2011>

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. **Os princípios do processo de recuperação judicial de empresas.** Revista Magister Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, n. 56, abr./mai. 2014, p. 72-91.

PERES, Tatiana Bonatti. **ABUSO DO DIREITO.** Revista de Direito Privado | vol. 43/2010 | p. 9 - 71 | Jul - Set / 2010 DTR\2010\225.

PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de Direito Falimentar: atualizado de acordo com o novo código civil (Lei 10.106/2002).** 2ª ed. Ver. Atual. E ampliada – São Paulo : Editora Método, 2004.

PICOLLO, Angelo Antonio. **Natureza e limites do plano de recuperação de empresas**: aspectos jurídicos e econômicos. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/D.2.2012.tde-18032013-091853. Acesso em: 11 nov. 2019.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Os limites do direito de voto em recuperação de empresas**. Revista NEJ – Eletrônica, vol. 18, n.1, p. 151-161. jan-abr. 2013. ISSN Eletrônico 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4490>>. Acesso em: 18 out. 2019.

RIBEIRO, Andre de Melo. **O direito do trabalho e a preservação da empresa no novo direito concursal: a Lei n.º 11.101/2005 e a sucessão de empregadores**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/D.2.2009.tde-23042010-144502. Acesso em: 15 out. 2019.

SADDI, Jairo. **ASSEMBLEIA DE CREDORES: UM ANO DE EXPERIÊNCIA DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS. UMA AVALIAÇÃO**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 36/2007 | p. 214 - 223 | Abr - Jun / 2007 Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial | vol. 6 | p. 1091 - 1102 | Dez / 2010

SANTOLIM, Cesar. **A demonstração da viabilidade econômica no Plano de Recuperação Judicial da Empresa**. In: GARCIA, Ricardo Lupion (Org.). **10 anos da lei de falências e recuperação judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas** [recurso eletrônico] / Ricardo Lupion Garcia (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016. 437 p.

SATIRO, Francisco. **Recuperação Judicial e a excepcionalidade dos créditos garantidos por cessão fiduciária de créditos futuros**. Revista Magister Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, n. 56, abr./mai. 2014, p. 159-181.
SCALZILLI, João Pedro. **Recuperação de empresas e falência: teoria e pratica na lei 11.101/2005**/João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli, Rodrigo Telechea. – São Paulo: Almedina, 2016.

SCHLAUCHER, Débora Guedes; OLIVEIRA, Diogo Luís Manganelli de. **O instituto do cram down e seus efeitos no ordenamento jurídico pátrio**. Revista Eletrônica das Faculdades Integradas Vianna Júnior. v. 7. n. 2. Juiz de Fora. jul/dez de 2016.

SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de et al. **PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: PRINCÍPIOS DECORRENTES DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL**. Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, Santo Ângelo, v. 18, n. 31, p. 49-64, maio/ago. 2018.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico** / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes – 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Fernando César Nimer Moreira da. **Incentivos à decisão de recuperação da empresa em crise**: análise à luz da teoria dos jogos. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/D.2.2009.tde-18112009-093516. Acesso em: 23 nov. 2019.

TABB, Charles. The history of the bankruptcy laws in the United States, ABI Law Review, Vol. 3:5, 1995. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2316255. <acesso em: 10 nov. 2019.

TABB, Charles. **What's Wrong with Chapter 11?** University of Illinois College of Law Legal Studies Research Paper No. 19-15. Number of pages: 29. <acesso em: 13 nov. 2019.

TARTUCE, Flávio. **A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS - DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO NOVO CÓDIGO CIVIL**. São Paulo: Método, 2005.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas** – Volume 3 / Marlon Tomazette – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário** - Volume 1/ Marlon Tomazette - 9. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

U.S. Code. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text>> Acesso em: 10 nov.2019

VASCONCELOS, Adriana Paiva. **The role of the creditors in bankruptcy law: a historical analysis and in accordance with certain bodies**. 2013. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6332> <acesso em: 29 nov. 2019>.

VASCONCELOS, Ronaldo. **Princípios processuais da recuperação judicial**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-15052013-162049. Acesso em: 23 nov. 2019.

VAUGHN, Gustavo Fávero; BORTOLO, Henrique Ceolin; VEIGA, Natália Salvador. **Três pontos para reflexão sobre a reforma da lei de recuperação judicial e**

falência brasileira. In: Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 4, nº 3. p. 443-472. 2018.

VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas:** atuação do juiz. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. doi:10.11606/D.2.2016.tde-17062016-190654. Acesso em: 11 nov. 2019

VITOLA, Cássio Rozales; WEISHEIMER, Evandro. **A Aplicação Do Princípio Da Preservação Da Empresa À Luz Do Instituto Da Recuperação Judicial.** Revista Destaques Acadêmicos, [S.l.], v. 6, n. 2, jun. 2014. ISSN 2176-3070. Disponível em: <<http://www.univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/396>>. Acesso em: 28 out. 2019.