

**JNT - FACIT BUSINESS AND TECHNOLOGY
JOURNAL ISSN: 2526-4281 - QUALIS B1**



**A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE
EMPRESAS: APLICABILIDADE SOB OS
TERMOS DA LEI 11.101/2005**

**THE JUDICIAL REORGANIZATION OF
COMPANIES: APPLICABLE UNDER THE
TERMS OF LAW 11.101/2005**

Allinny Ferreira de BRITO
Faculdade Católica Dom Orione (FACDO)
E-mail: allinnyf.brito@hotmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-1718-4181>

Ricardo Ferreira de REZENDE
Faculdade Católica Dom Orione (FACDO)
E-mail:
ricardorezende_adv@hotmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-2709-7922>



RESUMO

O presente trabalho versa sobre o instituto da Recuperação Judicial de empresas e a utilização do mecanismo *Cram Down*, possui como objetivo analisar a lei 11.101/05 e entender quais formas o instituto *Cram Down* é utilizado nas Recuperações Judiciais, quais as possibilidades de aplicação do mecanismo e os princípios, sob um rumo doutrinário e jurisprudencial acerca do poder de decisão do juiz, quando da homologação do Plano de Recuperação Judicial, frente ao interesse dos credores da empresa recuperadas na Assembleia Geral de Credores. Dessa forma, o problema enfrentado baseia-se quando o plano de recuperação judicial for reprovado pelos credores e o poder judiciário precisar intervir. O ponto da pesquisa é entender se tem ou não validade a decisão contrária à determinação da assembleia-geral dos credores e qual a justificativa, o fundamento específico e a nomenclatura correta do instituto de que o juiz pode tomar como base para valer-se disso. Em síntese, foi utilizado o método de estudo dedutivo, e, afirma-se que o mecanismo do *Cram down* existe na Lei 11.101/2005. Não se depara com a mesma nomenclatura, mas a alternativa que o juiz possui de interferir em um processo de recuperação judicial para que seja aprovado o plano é considerado o mesmo no direito norte-americano.

Palavras-chave: Cram Down. Recuperação Judicial. Falência. Assembleia-Geral de credores. Lei 11.101/05.

ABSTRACT

The present work deals with the institute of Judicial Reorganization of companies and the use of the Cram Down mechanism, aims to analyze the Law 11.101/05 and understand in what ways the Cram Down institute is used in Judicial Reorganizations, which are the application possibilities of the mechanism and the principles, under a doctrinal and jurisprudential approach regarding the Power of decision of the judge, when the Judicial Reorganization Plan is ratified, in the face of the interest of the creditors of the company being reorganized at the General Meeting of Creditors. In this way, the problem faced is based on when the judicial recovery plan is disapproved by the creditors and the judiciary

needs to intervene. The point of the research is to understand whether or not the decision contrary to the determination of the general meeting of creditors is valid and what is the justification, the specific foundation and the correct nomenclature of the institute that the judge can take as a basis to make use of it. In summary, the deductive study method was used, and it is stated that the Cram down mechanism exists in Law 11.101/2005. It does not come across the same nomenclature, but the alternative that the judge has of interfering in a judicial reorganization process in order to have the plan approved is considered the same under US Law.

Keywords: Cram down. Judicial recovery. Bankruptcy. General meeting of creditors. Law 11.101/05.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho faz uma análise à Lei 11.101/05, visando mostrar a aplicação do mecanismo *Cram Down* no direito brasileiro e de qual forma ele beneficia na Recuperação Judicial de empresas. Após uma revisão bibliográfica em livros e diversos outros documentos legislativos nos quais fundamentam o presente trabalho. Será abordado às considerações iniciais acerca da recuperação judicial de empresas, no que a ela consiste e o que a mesma ampara. Retomando assim sobre o que era a Concordata, e como foi imputada a nova Lei de Recuperação de Empresas.

Expondo assim explicações quanto ao plano de recuperação, o que será notório neste trabalho. Dando ênfase à evolução histórica do direito falimentar no Brasil, e como o direito foi evoluindo ao decorrer dos anos, desde o período que não existia Lei para tratar da quebra dos comerciantes, até a promulgação da primeira Lei de 8 de março de 1595, onde foi composto o concurso de credores, assim, com uma análise até a nova Lei 11.101/05, onde poderia ter um levantamento dos objetivos da recuperação judicial, em que consiste a viabilização da superação da crise econômico-financeira do devedor. Foram evidenciados os princípios que regem a recuperação judicial destacando cada um deles, sendo eles: O princípio da função social da empresa; O princípio da preservação da empresa, a manutenção das empresas; Quitação dos créditos e O princípio da participação ativa dos credores.

O plano de recuperação judicial é tratado na sequência, onde mostra o que precisa conter no plano de recuperação, como o mesmo é apresentado, quais são as possibilidades dos credores por meio da assembleia-geral, do magistrado e quais os prazos a serem cumpridos por cada envolvido. Ao decorrer do artigo serão expostas as condições da ação da recuperação judicial, o quanto ela é complexa, e quais são as fases da mesma, sendo elas as fases: postulatória, deliberativa e de execução, trazendo uma explicação de como funciona cada fase, e de como funciona o plano em um todo.

O poder judiciário é responsável por controlar todos esses atos. O juiz e o poder judiciário não possuem a capacidade para recuperar a empresa, mas são eles que regulam e fazem toda verificação para que tudo seja exercido dentro do que é estabelecido por lei.

O presente trabalho traz um estudo específico do mecanismo *Cram Down*, elencando a origem e conceituação do referido mecanismo, evidenciando alguns requisitos da recuperação judicial no qual o juiz analisa se há discriminação entre as classes de credores para que, posteriormente haja compreensão do *Cram Down* neste viés significa que a recuperação judicial ocorrerá mesmo que o limite mínimo essencial de credores não aprobe, assim, acatarem a determinação do juiz.

O trabalho também versa elucidar e esclarecer melhor o instituto jurídico do *Cram Down*, regressando ao ano de 1867 para compreensão dos acontecimentos que levaram a formar as inovações jurídicas, que instituíram a *US Bankruptcy Code*, em 1978 o Decreto Lei nº 7.661/45 (antiga lei de concordata) e, mais recentemente a Lei 11.101/05 (lei de recuperação e falência), porquanto o *Bankruptcy Code* se assemelha a alguns aspectos com a Lei 11.101/05 elencado ao espelho desse mecanismo, o instituto do *Cram down* possui poder de intervenção na decisão, com a assembleia-geral dos credores, desfavorável ao que os outros países adotam, é feita a aplicabilidade desse mecanismo pelos tribunais, contribuindo para a inversão do quadro das recuperações judiciais, fazendo com que as empresas não atinjam a falência por vontades alheias.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A recuperação judicial de empresas consiste em proporcionar uma superação da situação de crise econômico-financeira o devedor, e ampara para que possa ocorrer a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos

credores, assim, preserva-se a empresa em vários quesitos, como na função social e o impulso à atividade econômica. O artigo 47 da Lei n.º 11.101/2005 dispõe:

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 (BRASIL, 2005, s/p).

Segundo Barros (2014, p. 102), a recuperação judicial é determinada como:

[...] um procedimento regulamentado por um conjunto de normas elaboradas pra que o devedor (empresário ou sociedade empresária) possa superar a crise econômica-financeira em que se encontra, de modo a promover a manutenção da fonte produtora, de empregos e de interesse de credores. São normas que visam à preservação da empresa. (BARROS, 2014, p. 102).

Sendo a ferramenta jurídica adotada pelo sistema brasileiro para substituir a Concordata, que antes era respaldada no Decreto-Lei n.º 7.661/45, mas foi anulado pela Lei 11.101/05, visto que a Concordata não era um instituto adaptável o suficiente para permitir que uma empresa saísse do estado de crise e voltasse a funcionar.

Assim sendo, a nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF) passou a regulamentar, alterando o vocábulo para Recuperação Judicial, assim, ao invés de ser um meio de preparação da empresa para a falência, ser uma forma de a empresa sair do seu estado de insolvência. Segundo Lobo e Toledo (2010), a insolvência é o estado de inadimplemento definitivo que ocorre quando o ativo, bens e direitos, são inferiores ao passivo, sendo as obrigações.

Tarcísio Teixeira faz a seguinte reflexão quanto a isso:

Diferentemente do Decreto-Lei n. 7.661/45, que tinha por objetivo principal eliminar do mercado o agente econômico sem condições de se manter e cumprir seus deveres, a nova legislação falimentar visa a possibilitar a recuperação de agentes econômicos em estado de crise, mas que, no entanto, podem superá-la. Para tanto, a norma fornece condições para alcançar esse fim. Caso não seja possível a recuperação, a norma também contempla o instituto da falência como forma de liquidar a atividade empresarial, mas não é o seu escopo primordial (TEIXEIRA, 2019, p. 691).

A Concordata era requerida unilateralmente pelo devedor, se todos os requisitos legais estivessem presentes, o juiz deferia, mesmo que fosse contrária à vontade de um credor ou de todos. Na recuperação judicial não é assim, o deferimento do juiz advém da aprovação dos credores e sucedido por um plano de recuperação judicial (COELHO, 2016).

Quando o devedor opta pela recuperação judicial, ele deve apresentar um plano em juízo, conforme previsto no artigo 53 da Lei nº 11.101/05, o prazo que o plano deve ser apresentado é de 60 dias contados da data da decisão da recuperação judicial, e encontra-se nesse artigo também o conteúdo que o plano deve conter, vejamos:

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

- I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;
- II – demonstração de sua viabilidade econômica; e
- III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei (BRASIL, lei 11105/2005, s/p).

A discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados é o centro do plano, ou seja, sua parte essencial. Simplesmente mencionar ou a mera menção dos meios que serão adotados para recuperação não atende ao artigo 53, I, pois, é necessário que haja a descrição pormenorizada, não pode apenas indicar, mas sim, explicar minuciosamente o que é pretendido, com detalhes. Essa discriminação se completa com a demonstração da viabilidade econômica da proposta de plano de recuperação, na qual consiste ser uma projeção das medidas, onde consta os pontos positivos desse plano, comprovando que pode se chegar a superação da crise.

O plano deverá ser guarnecido de um laudo econômico-financeiro e da avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional que seja legalmente qualificado ou empresa especializada, possibilitando que os credores absorvam a situação patrimonial do devedor, e assim, a garantia patrimonial das obrigações da empresa.

Conforme Mamede (2020), no laudo econômico-financeiro o avaliador vai considerar o ativo (bens, direitos e créditos) e o passivo (obrigações), analisando os resultados econômicos da empresa, as receitas e as despesas levantadas, o fluxo de caixa e algumas outras causas pertinentes para entender a crise e as formas para sua superação. O laudo de avaliação dos bens e ativos do devedor deve conter um retrato do ativo, especificando: bens móveis e imóveis, direitos (marcas, softwares, etc.), créditos.

Recebendo o plano, o juiz determinará a publicação de um edital contendo epígrafe “recuperação judicial de”, com aviso os credores sobre o recebimento e impondo prazo para manifestação contra a proposta.

Qualquer credor pode apresentar seu argumento em oposição. Ocorrendo a apresentação desse argumento de qualquer credor, o juiz vai requisitar uma assembleia-geral de credores para determinar o que diz respeito ao plano de recuperação. Na assembleia pode ser que sejam feitas alterações no plano, ou será apenas votado se aprovam ou rejeitam o plano.

As transformações na Lei 11.101/05 se preocupa não somente com os devedores, mas também com os credores que poderão habilitar, divergir ou impugnar seus créditos e também oferecer contrariedade ao plano de recuperação judicial exibido pelo devedor.

Evolução Histórica do Direito Falimentar no Brasil

O direito comercial é uma das organizações mais antigas no Brasil, na época colonial o Brasil era sujeito às regras jurídicas de Portugal. O comércio era feito com troca de mercadorias e até com prestações de serviços. Todo ano o comércio ia se adaptando aos novos tempos, até que as mercadorias e prestações de serviços eram pagas e cobradas em dinheiro.

Inicialmente, não havia lei que tratava da quebra dos comerciantes, até que foi promulgada a Lei de 8 de março de 1595. Com essa Lei, foi composto o concurso de credores, e era dada prioridade ao credor que tivesse iniciativa da execução, mesmo que para isso, tivesse que ser colocada a vida do devedor em risco, ou seja, colocá-lo como escravo, ou até mesmo mata-lo, onde era prevista a pena de prisão por inexistência de bens.

Conforme o Direito Romano, a obrigação do devedor inicialmente era com seu próprio corpo, e não responder pelo seu patrimônio. No início do direito comercial, a intervenção do judiciário não era fundamental, então, não era preciso, as pessoas

solucionavam o problema chamado de insolvência com suas próprias mãos. A fase de início no direito romano foi o direito quiritário, era a ocasião em que, o devedor concedia ao credor, assim, diminuindo seu débito, a ser pago tão somente com cárcere privado. (OLIVEIRA, 2005).

Segundo Roque (2005, p. 81), citado por Rocha (2006):

[...] o Direito Falimentar é fruto do século XVI em diante, época que corresponde, mais ou menos, à descoberta do Brasil. Para o autor, no Império Romano tampouco na Idade Média, não havia o que modernamente é chamado de empresa (ROQUE, 2005, p. 81).

Destarte, é preciso voltar ao século XII, momento e época do direito romano antigo, para acompanhar e compreender a evolução do Direito Concursal no Brasil, de um jeito detalhado. Período, que se percebem os primeiros indícios de atividades comerciais organizadas.

Apenas, falou-se em direito comercial no século XII, com a Lei das doze tábuas (antiga legislação do direito romano), onde era decidido, que o devedor respondia por suas dívidas com seu próprio corpo, ora então, com sua liberdade ou até mesmo com sua vida, e não com seus bens. Conforme Bezerra Filho (2005, p. 31), no número 9 da Lei das XII tábuas, era decidido:

Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os preferirem, poderão vender o devedor para um estrangeiro (BEZERRA FILHO, 2005, p. 31).

Então, conforme a Lei das doze tábuas, os credores podiam torturar, escravizar e até mesmo matar o seu devedor, visto que, era considerado um criminoso aquele que não conseguia adimplir seus débitos. Segundo Lobo (1999, p. 03): “[...] de um modo geral, em todo o mundo antigo, o devedor estava sujeito a uma execução de índole privada [...]”.

Conforme Oliveira (2005, <<http://www.ambito-juridico.com.br>>): “A partir da Lei das XII Tábuas se delinearam a execução singular e a execução coletiva, sendo essa fase de grande contribuição do direito romano ao nosso instituto”.

No ano de 428, A.C., surgiu a “Lex Poetelia Papiria 2”, contrariamente à Lei das doze tábuas, no qual o devedor dava o seu corpo como garantia do negócio, assim, com a

nova Lei, passou-se a dar o seu patrimônio para garantir o negócio, ademais, a execução do devedor tornou-se proibida (BEZERRA FILHO, 2005).

Além de dar seu patrimônio como garantia no negócio, se o devedor não obtivesse sua dívida sanada, ele ainda perdia seus direitos civis. Conforme Lobo (1999, p. 04): “[...] o falido era exposto ao desprezo público pelo uso contínuo do barrete verde, sendo que, em algumas cidades da França, o compeliam a percorrer, sem camisa, as ruas, como sinal exterior de sua desonra [...]”.

A conhecida “nota de infâmia”, em que o devedor era exibido ao desprezo público, persistiu no decorrer de toda a idade média. Em países como Itália, Inglaterra e França, um dos principais intuitos era castigar o devedor, vista como característica predominante do direito falimentar. Dever aos credores nesse período era conhecido como violação ao crédito público, dessarte, era considerado que o crime era contra toda a sociedade, e não tão somente ao credor (LOBO, 1999).

Passando muitos anos, onde a intervenção do estado não era precisa, ela passou a ser necessária, dessa forma, para iniciar a execução patrimonial, o próprio credor deveria ir até o magistrado.

Após isso, com decisão em mãos, os detentores de crédito, se dirigiam até o juiz, para que assim fosse autorizado a “*missio in bona*”, figura utilizada para deter a posse de todos os bens do devedor, e então, podiam vender este patrimônio, conforme os requisitos da lei.

Segundo o artigo 200 do Código de Hamurabi era estabelecido que: “[...] se um homem arrancou um dente de outro homem livre igual a ele, arrancarão seu dente [...]”.

Na Índia, se ressaltava o Código de Manu, código em que o detentor de crédito mantinha o devedor como escravo, a lei em vigor não deixava que tivesse qualquer exagero. No antigo Egito, a escravidão era aceita como forma de pagamento para dívidas. Já no direito helênico passado, para pagar as dívidas, o devedor era autorizado a vender seu próprio corpo para o credor. Há registro, de muitos exemplos que o devedor vendia o seu físico, ou era feito de escravo. No direito, em seu progresso, sempre foi seguido o caminho da execução corporal do endividado, para a exclusiva execução, sobre o patrimônio (BEZERRA FILHO, 2005).

No século XIII foi determinadas as primeiras formas do direito falimentar. Conforme Bezerra Filho (2005, p. 33): “[...] estendendo-se a falência tanto ao devedor

comercial quanto ao devedor civil, sendo o falido coberto de infâmia, tido como fraudador. Réprobo social, sujeito a severas medidas penais, além da perda total de seu patrimônio [...]”.

O primeiro registro do direito falimentar no Brasil ocorreu no ano de 1500, momento em que foi descoberto. Nessa temporada prevaleciam as Ordenações Afonsinas.

Ainda no século XV, foi criada a concordata mediada, método que viabilizava um acordo do devedor com seus credores. Era onde a autoridade pública homologava um acordo entre devedor e credores (FAZZIO JÚNIOR, 2005).

No Brasil, a Lei de Falências de Portugal só começou a vigorar depois da Proclamação da República, conforme a imposição da Lei de 30 de outubro de 1823, por meio de observação do Alvará que foi expedido no dia 18 de agosto de 1769, instrumento que portava a aplicação da Lei das nações civilizadas, assim como o Código napoleônico de 1807. No período imperial, em 1850, foi proclamado o Código Comercial. A terceira parte do código, chamado de “às quebras”, carregava a primeira fase do código comercial, e direito falimentar, esta que ficaria até a instituição do Regime Republicano (OLIVEIRA, 2005).

Em 1850, foi decretado o Código Comercial, e no mesmo ano foi expedido o decreto número 738, que determinava como era para ser a elaboração da falência. 1850 foi um ano muito destacado e de suma importância no Direito Brasileiro, visto que, foi a época em que se determinou os elos de comércio, como também, os institutos para que o devedor conseguisse adimplir suas dívidas, de uma forma mais humana e digna. Contrariamente aos outros períodos, onde o devedor era levado até mesmo a tortura. Essa fase ocorreu até o regime republicano.

A proclamação da República, que principiou o período republicano. Neste momento ocorreu uma preocupação muito grande do governo em criar uma nova legislação que pudesse doutrinar a falência. Dessa forma, foi absolutamente revogada a parte do Código Comercial que doutrinava a falência, revogação que teve origem através do Decreto número 917 de 24/10/1980. Essa alteração na lei foi conceituada um marco na história do direito falimentar, uma vez que, representava o estado de falência em falta de pagamento, tendo fundado como formas para prevenção, à moratória, a cessão de bens, o acordo extrajudicial e a concordata preventiva. Mesmo com tantas alterações, o decreto não bastou, assim, não foi satisfatório a todas as precisões do comércio na época, sendo

reparado através da Lei número 859 de 18/08/1902, normalizada pelo decreto número 4.855 de 02/06/1903. No ano de 1908, em 17 de dezembro, foi decretada a Lei 2.204, que teve respaldo no projeto do comercialista (OLIVEIRA, 2005).

As mais relevantes mudanças que a Lei 2.024 trouxe foram:

- ❖ Submissão das sociedades anônimas à falência;
- ❖ Introdução de rito breve para a falência;
- ❖ Regulamentação da falência das concessionárias de obras ou de serviços públicos;
- ❖ Introdução do Ministério Público como curador das massas falidas;
- ❖ Proibição de o Ministério Público requerer a falência;
- ❖ Proibição de o Ministério Público perceber comissões ou porcentagens por conta da massa falida;
- ❖ Fixação do critério da impontualidade e de alguns atos indicativos de falência;
- ❖ Estabelecimento da nulidade de certos atos do devedor anteriores à falência;
- ❖ Estabelecimento de dois períodos para o processamento da falência: o da informação e o da liquidação, dando liberdade ao juiz na escolha de síndicos quando não houvesse credores que aceitassem o encargo;
- ❖ Unificação dos procedimentos de verificação e classificação de créditos num só ato;
- ❖ Estabelecimento de duas concordatas: a preventiva e a concordata na falência e estabelecimento de princípios para a concessão da concordata.

Em 1929, foi decretada a Lei 5.746, que alterou alguns aspectos da Lei 2.024, sendo: diminuição do número de síndicos de três para apenas um e instituição de porcentagem sobre os créditos para a concessão da concordata. Permaneceu em vigor até 1945, quando surgiu o Decreto-Lei 7.661/1945 (THOMÉ; MARCO e CURY, 2000).

Em 21 de junho de 1945, foi decretada a Lei 7.661, antiga lei que regia a falência e a concordata. Ela acarretou grandes inovações importantes para o direito falimentar naquele período. A nova lei extinguiu a Assembleia Geral de Credores, fazendo a diminuição da intervenção destes, dando mais poderes aos magistrados, já a concordata passou a ser um privilégio concedido pelo estado, e não mais um contrato (ROCHA, 2006).

Ao passar do tempo, a concordata e a moratória, que eram preservativas da falência, sendo um meio de acordo entre devedores e credores, passaram a ser inadequadas, então,

não resolviam mais os problemas de ambas as partes. Dessa forma, alterou-se o sistema, tornando-o independente do desejo dos credores, obrigando assim a delonga de prazos para o adimplemento das dívidas, e também a remissão parcial, isto começou a ser realizado com a concordata preventiva da falência, que começou a ser deferida para o devedor, e tendo reflexos para os credores (OLIVEIRA, 2005).

Como também as leis anteriores, o Decreto n.º 7.661 de 1945, teve a necessidade de ser reformado. Com o passar do tempo, foi notado que o decreto já não realizava mais todas as precisões das empresas em crise econômica. Além disso, era uma lei com poucas possibilidades para os devedores, ela também não priorizava a função social da empresa. As mudanças que foram realizadas, foram sobretudo no que tange à reorganização econômica da empresa e sua manutenção no meio social. Em 2005, em 09 de fevereiro, passou a valer a Lei 11.101, que contrariando antiga lei, via tão somente a decretação da falência como um jeito de satisfazer o débito, incluiu o instituto da recuperação judicial.

Conforme a nova lei, a decretação da falência era prejudicial, de modo que, não existia qualquer preocupação com a função social da empresa.

O indispensável objetivo da Lei 11.101, é a manutenção e preservação do patrimônio, então, com esse novo direito concursal, teria a possibilidade de manter a função social de qualquer empresa propriedade privada.

Os principais princípios da lei nova lei falimentar são:

Separação do conceito de empresa e empresário;

- ❖ Preservação da empresa;
- ❖ Retirada do mercado de sociedades ou empresários que não podem ser recuperados;
- ❖ Recuperação das empresas e empresários que podem ser recuperados;
- ❖ Proteção aos trabalhadores, celeridade e eficiência dos processos judiciais, participação ativa dos credores, segurança jurídica; desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte e finalmente, rigidez na punição dos crimes relacionados à falência e recuperação judicial, os chamados crimes falimentares.

É importante frisar algumas alterações entre a antiga e a nova Lei 11.101/2005: a flexibilidade da recuperação judicial e da extrajudicial em relação aos prazos para pagamento, visto que, anteriormente na concordata, eram estipulados prazos menores e pagamentos com juros altíssimos. E, eram esses prazos e pagamentos que faziam o

devedor declarar falência. Isso é contrário à recuperação judicial, que oportuniza todos as formas precisas para que a empresa consiga se recuperar financeiramente e retornar às suas atividades; a aplicabilidade da Recuperação Judicial, também é mais descomplicada e abrangente do que a concordata. Na concordata pouquíssimos empresários chegavam a entrar em fase de recuperação, pois, para alcançar o usufruto do instituto da concordata as empresas precisavam provar a indispensabilidade de entrar em recuperação, o que na maioria das vezes causava a falência das mesmas.

Na recuperação judicial e extrajudicial, a empresa comprovando que seu débito é maior que seu patrimônio, há a possibilidade de entrar no estado de recuperação. Destacase ainda que, contrariamente à concordata, que era oportunizada para poucos, a recuperação consegue alcançar qualquer empresa que esteja passando por crise financeira; a recuperação judicial e extrajudicial dispuseram autonomia para os credores, de modo que, na concordata apenas o magistrado podia decidir pontos em relação à empresa.

Nos dias de hoje os credores tem ampla autonomia para estabelecer sobre todos os assuntos da empresa em recuperação; a recuperação judicial e a extrajudicial conservaram a prorrogação de prazos para pagamentos, porém, também mostrou novas opções para o pagamento ser feito; o instituto da recuperação gerou o Comitê de Credores, o qual pode definir sobre o plano de recuperação judicial.

Além de trazer autonomia para os credores, comitê de credores e para o administrador judicial; possibilidade de mesmo existindo título protestado, a empresa pode entrar em recuperação judicial, ao contrário da concordata, que exigia a inexistência de título protestado; as principais condições que a recuperação judicial e a extrajudicial instituíram para as empresas foram à apresentação do plano de recuperação, ou plano de negócio, em razão de que, os créditos envolvidos pela recuperação judicial, não são apenas os quirografários como era na concordata; e por fim, apresentou a figura do administrador judicial, no lugar onde era o fiscal. Para ser administrador judicial, precisa tão somente ser profissional idôneo, e não tem necessidade ser credor ou devedor.

Objetivos da Recuperação Judicial

Destaca-se que a Lei 11.101/2005 determinou o objetivo visado pelo plano de recuperação judicial. A Lei, especificadamente concretizado no artigo 47, consiste na viabilização da superação da crise econômico-financeira do devedor, disposto a permitir a

manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, estimulando, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Segundo Amador Paes de Almeida, a recuperação judicial tem o objetivo de, essencialmente, recuperar o devedor, proporcionando os meios fundamentais à manutenção da empresa, levando em consideração a função social desta última.

Afirmando o entendimento, o professor e doutor Manoel Justino Bezerra Filho alega que o objetivo central do instituto é recuperar a empresa viável, na medida em que nos casos inviáveis nada resta senão a falência. O doutrinador, aduz ainda que:

[...] a recuperação judicial se destina às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade de superação, pois aquelas em tal estado, porém em crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada, até para que não se tornem elemento de perturbação do bom andamento das relações econômicas do mercado. Tal tentativa de recuperação prende-se, como já lembrado acima, ao valor social da empresa em funcionamento, que deve ser preservado não só pelo incremento da produção, como, principalmente, pela manutenção do emprego, elemento de paz social (BEZERRA FILHO, 2005, p. 42).

De fato, não é o fim da LRE senão a superação da crise da empresa, através da concessão de meios que deixem e auxiliem a recuperanda sobreviver ao período de instabilidade e fragilidade, sem que essa abra mão da sua força de trabalho e se prive de cumprir suas obrigações adquiridas juntamente a seus credores.

PRINCÍPIOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Princípio da Função Social da Empresa

A empresa, introduzida num contexto social com o qual troca vínculos frequentemente, possui um papel de suma importância, ao ponto de executar considerável função socioeconômica. Ou seja, além de fazer girar a economia como um todo, através do fornecimento de bens e serviços pertinentes para a garantia do bem-estar da sociedade, é fonte de empregos, auxiliando com o agrado dos cidadãos quanto às suas necessidades.

Nota-se, portanto, que com a constituição do Estado Democrático de Direito Brasileiro pela Constituição Federal de 1988, não se fala em atividade empresária sem objetivos sociais.

Na lecionação de Orlando Gomes, a função social está preliminarmente atrelada ao instituto do abuso do direito, visto que, conforme o autor, a todo direito, há uma função equivalente, esta última compreendida como sendo um propósito. De tal modo, decorrendo os limites desse direito, excedendo os limites da função equivalente, estar-se-ia diante de um abuso de direito.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, no que lhe diz respeito, ao salientar as funções econômicas e sociais do Direito, leciona, *in litteris*:

A função social do direito tem por escopo estabelecer a finalidade para qual o ordenamento jurídico criou a norma concessiva do direito subjetivo. O direito é um instrumento para realizar os fins do Estado; as normas jurídicas são editadas para alcançar esse objetivo. Quando o direito concedido pela norma se desvia dessa finalidade, não estará sendo atendida a sua função social. A função econômica está ligada à realização do objetivo de ordem patrimonial visado pelo direito de que se trata (JÚNIOR, 2005, 68).

Ademais, Duguit estabeleceu a função social como uma forma legitimadora da ordem jurídica, ao viabilizar a todos o poder de usufruir e utilizar de algo para que seu exercício fosse voltado ao benefício geral. De uma forma distinta, atualmente se ultrapassa esse ponto de vista sob o contexto de que não se refere a função social de uma socialização da propriedade, se refere ao aparecimento de novos direitos individuais.

Dessa forma, com base nessa concepção, compreende-se que não há direito que não seja social e, por fim, não existe instituto jurídico privado de função social objetiva, na medida em que a função social da empresa deve ser compreendida como uma externalidade positiva do seu pessoal funcionamento. Ainda, não se esqueça, tal entendimento se inclui “no reconhecimento pelo Estado do conteúdo valorativo associado à própria existência da empresa, o que, por derradeiro, justifica a ideia de que sua preservação interessa à coletividade, que pode, por sua vez, vir a suportar algum custo nessa preservação”.

Levando em consideração a referida função social da empresa, rebelam-se mecanismos de preservação da atividade empresarial que simbolizam interesses sociais e econômicos (externalidades positivas) que transcorrem o campo individual do empresário, impactando, assim, a sociedade como um todo.

Na Lei 11.101/2005, o princípio da função social se retrata e se efetiva no artigo 47 do referido diploma legal. O princípio da preservação da empresa previsto naquele artigo

legal tem objetivos à manutenção e à continuidade da atividade comercial geradora de riqueza, sem ignorar a proteção ao trabalho humano e demonstrando os agravos que resultam da cessação das atividades empresariais, pois o fim destas últimas é lesivo não somente ao empresariado, mas igualmente à sociedade como um todo.

O Princípio da Preservação da Empresa: Artigo 47 da Lei N.º 11.101/2005

Conforme o item disposto anteriormente, este princípio da preservação da empresa se espalhou e se concretizou no artigo 47 da Lei 11.101/2005. Aliás, vejamos, *ipsis litteris*:

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 (BRASIL lei 11105/05, s/p).

Observa-se, que a lei visa a recuperação econômico-financeira da empresa, o bojo do texto legal refere à princípio que regulamenta o processo de recuperação, a Lei, no art. 47, elenca uma ordem a ser seguida, com vistas ao sucesso recuperacional da empresa.

O primeiro objetivo da recuperação judicial é, obviamente, conforme o art. 47 da Lei 11.101/2005, a manutenção da fonte produtora. Visto isso, a Lei visa a conferir a existência da força motora da economia, de modo que seja, as empresas, produtoras e de riquezas, proporcionadoras de fontes de emprego e, entre outros aspectos, grandes contribuintes para o sistema tributário nacional.

Manoel Justino Bezerra Filho disserta a respeito dos objetivos da recuperação judicial e, em especial, da Lei 11.101/2005, *in litteris*:

[...] por isso mesmo, a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridade nas finalidades que diz perseguir, colocando como primeiro objetivo a ‘manutenção da fonte produtora’, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o ‘emprego dos trabalhadores’. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os ‘interesses dos credores. Esta é a ordem de prioridades que a Lei estabeleceu – o exame abrangente da Lei poderá indicar se objetivo terá condições de ser alcançado (BEZERRA FILHO, 2005, p.77).

A busca pelo aprimoramento econômico-financeiro não se deve ultrapassar aos interesses econômicos e sociais, tidos como um todo. Uma empresa em dificuldade financeira e que não mostra sinais de recuperação não deve se desenvolver no meio empresarial, sob a pena de contaminar outras empresas, bem como de contagiar toda a economia nacional.

Conforme o professor Fábio Ulhoa Coelho: “[...] a análise da viabilidade feita pelo judiciário deve observar cinco vetores: importância social, mão-de-obra e tecnologia empregada, volume do ativo e do passivo, idade da empresa e por fim o porte econômico [...]”.

A Manutenção dos Empregos e a Quitação dos Créditos

Uma economia recente e avançada está instituída na proporção certa entre pessoas adequadas a trabalhar e o número de postos de trabalhos oferecidos. Soa utópico imaginar uma sociedade na qual há plenitude de empregos para todos aqueles aptos a trabalhar. Todavia, esquivando-se afastar dessa ideologia, é que o legislador buscou conservar os empregos dos que trabalham nas empresas insolventes.

Mesmo que não seja um princípio que conduza a Lei 11.101/2005, a manutenção dos empregos é essencial para uma economia. Para tal fim, a Lei de recuperação judicial oferece meios dos quais as empresas em estado de falência possam se aproveitar, com o intuito de vencer a situação de crise, sem que seja preciso diminuir os postos de trabalho, causando tumulto na economia do país.

É dessa forma que o art. 47 da Lei presume o quão importante são os empregos, ao destinar um pedaço de seu texto legal para evidenciar a importância de se manter o emprego dos trabalhadores.

Ademais, na mesma ideia do quão importante é a manutenção dos empregos, é que este estudo frisa a importância de as empresas recuperandas adimplirem seus débitos diante de seus credores. Um calote creditório pode surtir efeitos negativos numa economia, embora outros pontos estão diretamente ligados à quitação do crédito.

Imagine, por exemplo, uma empresa em dificuldades econômicas que não consegue atingir o adimplemento de suas obrigações. O descumprimento desse pagamento da dívida fará com que o credor não faça investimentos ou pague custos e despesas de sua atividade,

ou deixe até de pagar seus empregados. Observa-se a criação de um ciclo vicioso, que pode contaminar toda a atividade empresarial que existe no país.

Dessa forma, é de suma importância se atentar e observar não somente para a decisão do julgador, mas também para os votos dos credores na recuperação judicial, a fim de evitar abusos e injustiças.

Princípio da Participação Ativa dos Credores

Segundo Souza Junior e Pitombo (2007, p. 655): “[...] os credores não podem ser meros espectadores; deverão participar, ativamente, dos processos de falência e de recuperação”.

Salomão e Santos (2012), discorrem que a lei, na realidade, procura mudar esse sentido de descaso dos credores, que ocorre logo após o fracasso do devedor, sendo quando requer a recuperação, ou sendo, sobretudo, na falência. Os resultados contidos nos processos judiciais de falência e recuperação, com a presença dos credores, são mais apropriados aos resultados de mercado, esquivando-se, também, de casos de fraudes na execução do plano. Além do mais, mostram os autores que existirá mais democracia no processo de decisão, principalmente quanto ao destino da empresa em dificuldade, caso haja participação efetiva dos credores.

Os mais interessados na solução da recuperação e falência, são precisamente devedor e credores. Caso estes não ajam com prontidão e cooperação, o processo pode se prorrogar além do fundamental. A legislação procura oferecer formas de que estes atuem ativamente no processo.

PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Uma das capacidades da assembleia-geral de credores tem associação com alterar, aprovar ou rejeitar o plano de recuperação judicial. O artigo 45 da Lei 11.101/2005 discorre sobre algumas determinações e, segundo Negrão 2020, possuem as regras:

- a) As classes de credores submetidas ao plano deverão ser ouvidas e aprovar a proposta. Compõem a classe I os titulares de créditos derivados da relação de trabalho ou decorrentes de acidentes do trabalho; integram a classe II os titulares de crédito com garantia real, e a classe III, os titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados, e, por força de recente criação

legislativa (Lei Complementar n. 147/2014), compõem a classe IV os titulares de créditos enquadrados como microempresas ou empresa de pequeno porte.

b) Nas classes I e IV, a proposta deverá ser aprovada por maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

c) Nas classes II e III, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes. Neste caso, o sistema adotado foge à regra da maioria simples e introduz o sistema da dupla maioria: a formada pelo número de credores presentes e a que decorre de seus valores de créditos.

d) O credor que não sofrer, com o plano, alteração em seus valores ou condições originais de pagamento de seu crédito não terá direito a voto e não poderá ser considerado para fins de verificação de quórum de deliberação (NEGRÃO, 2020, p. 235).

Depois que publicada a sentença que defere o processamento do pedido de recuperação judicial, o plano terá de ser apresentado ao juízo no prazo de 60 (sessenta) dias (RAMOS, 2012).

Conforme diz Chagas (2020) a empresa que se encontra em insolvência, expõe o seu plano e, depois de 30 (trinta) dias, se não contar com objeções dos credores a este plano, o processo conseguirá receber concessão para a recuperação judicial.

Se o prazo não for respeitado e o plano não exibido no prazo de 60 (sessenta) dias vai ser determinada a falência da empresa que ajuizou a recuperação judicial (RAMOS, 2012).

O juiz estabelece pela imprensa oficial a publicação de edital com o assunto da sentença que preferiu o processamento da recuperação judicial, além do mais, a lista de todos os credores na petição inicial, que foi comunicada pelo devedor.

Desde o momento da publicação os prazos iniciam da seguinte forma: para o devedor mostrar o plano, tem 60 (sessenta) dias. Para os credores, o prazo se estabelece em 15 (quinze) dias para mostrarem as incompatibilidades no que tange à publicação ou para qualificarem seus créditos, depois, apresentadas ou não tais incompatibilidades, o administrador judicial vai ter o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para exibir e decidir a atual lista de credores, que vai ser publicada (GONÇALVES, M. G. V. P. R., 2011; GONÇALVES, V. E. R., 2011).

A publicação tem respaldo nos modos do artigo 7º, § 2º, da Lei 11.101/2005:

Art. 7º A verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas.

§ 2º O administrador judicial, com base nas informações e documentos colhidos na forma do **caput** e do § 1º deste artigo, fará publicar edital contendo a relação de credores no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado do fim do prazo do § 1º deste artigo, devendo indicar o local, o horário e o prazo comum em que as pessoas indicadas no art. 8º desta Lei terão acesso aos documentos que fundamentaram a elaboração dessa relação (BRASIL, 2005, s/p). (destaque em negrito do texto original).

Segundo disserta ainda Ramos (2012), dessa forma, é de suma importância evidenciar que, no deferimento do pedido de recuperação judicial ou o devedor vai conseguir a recuperação de sua empresa, ou vai ser declarada sua falência. Não há uma terceira saída.

Somente o devedor deve e pode desenvolver o plano de recuperação judicial e dessa forma mostrá-lo aos credores. Este método é precisamente para que os credores consigam pensar sobre o plano de recuperação judicial na assembleia-geral de credores. Devido à isso, o prazo para mostrar o plano e, a averiguação administrativa dos créditos de cada credor, começam no quando publicada a sentença que autoriza a recuperação judicial e, se extingue no prazo de 60 dias (AYOUB; CAVALLI, 2013).

Tomazette (2017) esclarece um pouco acerca da elaboração do plano de recuperação judicial:

Ao longo do procedimento de verificação de créditos, o devedor deverá elaborar e apresentar um plano de recuperação judicial, que representa em última análise a proposta inicial de acordo a ser firmado com os seus credores. Diferentemente do que ocorria com a concordata, a recuperação judicial pode atuar de diversas maneiras, sendo muito mais flexível às necessidades de cada empresário e, por isso, é necessária a apresentação de um plano indicando as medidas necessárias para a superação da crise econômico-financeira (TOMAZETTE, 2017, p. 268).

Este plano de recuperação judicial mostrado pelo devedor precisará conter, os detalhes das maneiras de recuperação que vão ser empregados. Estas medidas precisarão estar adequadamente expostas pelo devedor. Assim como deve, também, ter a especificação da viabilidade econômica que o devedor terá que mostrar, abrangendo o resultado sobre a escolha do plano. E por último, o documento precisará ser assinado por

profissional ou empresa adequadamente com experiência na área, os ativos da empresa, constituindo-se do laudo de avaliação dos bens e econômico-financeiro (GONÇALVES, M. G. V. P. R., 2011; GONÇALVES, V. E. R., 2011).

Sendo protocolado o plano de recuperação judicial, o juiz conseguirá estabelecer emenda ou esclarecimentos do mesmo. Depois, se tiver estes determinados atos, será publicado o edital, devendo conter avisos específicos para os credores no que se refere aos pedidos do devedor. Esta diligência tem o prazo de 30 dias, que vão ser contados depois do último ato de publicidade que for praticado nos autos, sendo: “[...] a) da data da publicação do edital contendo a relação dos credores elaborada pelo administrador judicial; b) da data do aviso da apresentação do plano de recuperação judicial [...]” (NEGRÃO, 2020).

Conforme exposto por Ayoub e Cavalli (2013), apresenta o artigo 53, da Lei 11.101/2005, (BRASIL, 2005, www.planalto.gov.br):

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência, e deverá conter:

- I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;
- II – demonstração de sua viabilidade econômica; e
- III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada (BRASIL, 2005, s/p).

A apresentação do plano de recuperação judicial precisa ser completa e integralmente conforme a lei vigente, a apresentação deste plano, se incompleto, vai causar a falência e se dá como a não apresentação do mesmo. Em razão disso, é primordial que esteja de acordo os elementos fundamentais para esta apresentação (TOMAZETTE, 2017).

Segundo Negrão (2020), este plano pode ser avaliado aprovado expressa ou tacitamente. Expressamente por determinação da assembleia-geral de credores, com respaldo presente no artigo 45 da Lei 11.101/2005. Ou tacitamente de acordo com o que dispõe o artigo 53, § único, e artigo 7º, § 2º também da Lei 11.101/2005, se depois do prazo de 30 (trinta) dias como previsto na Lei, os credores ou o Ministério Público não houverem feito objeções ao plano:

Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

§ 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

§ 2º Na classe prevista no inciso I do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

§ 2º Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 3º O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quórum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito. (BRASIL, 2005, s/p).

De acordo como explica Ramos (2012), o plano da recuperação judicial não é apenas uma simples formalidade; ele precisa ser notado por todos e sobretudo pela empresa devedora como uma coisa de suma importância para o seu requerimento. Dessa forma, o plano deve ser muito bem feito e desenvolvido, expondo formas que esta empresa tenta superar a crise.

As Condições da Ação do Plano de Recuperação Judicial

A ação recuperacional é complexa, no entanto, a própria recuperação judicial já aparenta um instituto jurídico complexo. Não se refere à um simples parcelamento de débitos, mas sim de um “conjunto de atos dotados de teleologia econômica” (FAZZIO JÚNIOR, 2010). Posto que, efetivo objetivo mais audaciosa que o instituto da concordata, é notório que não se possa esperar facilidade no procedimento da recuperação judicial, senão que seja um procedimento mais aprimorado e mais complicado.

A recuperação judicial é separada em três fases diferentes e específicas: a postulatória, a deliberativa e a de execução. A primeira fase começa com o pedido de concessão da recuperação judicial e extingue com o processamento do pedido, definido por decisão judicial. Começada a segunda fase, há o levantamento dos créditos dos credores e,

evidencia-se, é feito o plano de recuperação judicial, que será subordinado à determinação dos credores em assembleia. Acatado o plano, começa a terceira fase do procedimento, quando incumbirá à recuperanda desempenhar o plano de recuperação, e ser fiscalizada no que tange ao cumprimento do estabelecido naquele contrato entre a recuperanda e seus credores, sob pena de convolar em falência.

O art. 51 da Lei n.º 11.101/05, relata vários requisitos que lecionarão para a petição inicial, entre eles, como elucidado no item antecedente, as razões existentes que levaram a empresa a tornar-se insolvente. Dessa forma, não findam o requisito causas vagas e difusas, sem orientação explícita (COELHO, 2005). Expressa o artigo 51:

- Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:
- I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;
 - II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:
 - a) balanço patrimonial;
 - b) demonstração de resultados acumulados;
 - c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
 - d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;
 - III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;
 - IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;
 - V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;
 - VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;
 - VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;
 - VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;
 - IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.
- § 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à

disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.

§ 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do **caput** deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.

§ 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes (BRASIL, lei 11101/05).

Os legitimados para solicitarem o benefício da recuperação judicial são o devedor empresário, o cônjuge de empresário falecido, os seus herdeiros, o inventariante do espólio e, igualmente, o sócio remanescente de sociedade desfeita.

Nessa circunstância, ainda, importante mostrar um comentário de Maria Celeste Morais Guimarães, a respeito da legitimidade do Ministério Público para requerer pedido de recuperação judicial:

Por derradeiro, é de se lamentar que a nova lei tenha sido tão conservadora ao não prever, no caso da recuperação judicial, também a iniciativa do Ministério Público em promovê-la. Tal medida realçaria os interesses sociais e de ordem pública que ela envolve, tornando-a preponderantemente publicística. O Estado assumiria, desse modo, posição mais ativa, em prol do “princípio da preservação da empresa (GUIMARÃES, 2007, p, 42).

Não impeditivos os requisitos constantes no dispositivo legal supra, a empresa requerente deve estar de acordo, da mesma maneira, com os requisitos elencados no art.

48 da Lei 11.101/2005, sob pena de não ser acolhido seu pedido:

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 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;
- 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; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

– não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei (BRASIL, 2005, s/p).

Nesta circunstância, a recuperação judicial ficará obstada quando se ausentar algum dos requisitos relacionados nos artigos 51 e 48 da LRF ou, mesmo quando ainda existentes as exigências mencionadas, o magistrado, por entendimento próprio não vislumbrar a viabilidade da empresa, indeferir o pedido de recuperação.

Evidencia-se que a Lei ficou silenciosa quanto a esta última alternativa. Parte da doutrina compreende que cabe ao julgador, desde que preenchidos os quesitos, deferir o processamento da recuperação judicial, sem praticar juízo de viabilidade econômica da empresa. Todavia, é precisamente esse um dos papéis principais do juiz judicial, sob o conceito norte-americano, sendo possível determinar sua valoração sobre a condição econômica da empresa.

Completas as exigências legais, o juízo da recuperação irá deferir o processamento do feito, rompendo todas as ações e execuções em face da devedora, nos moldes do art. 6º da LRE, instalando prazo, em seguida, para que os credores qualifiquem seu crédito, bem como para que a devedora mostre um plano de recuperação judicial.

Ação contínua, com base no art. 52 da Lei 11.101/2005, o juiz nomeará o administrador judicial, que vai atuar como auxiliar da justiça, sendo responsável por mediar a relação entre a devedora e os seus credores, assim como se ficará responsável pela expedição de informações e relatórios que vão auxiliar o julgador a tomar decisões referentes ao feito recuperacional.

Evidencia-se, contudo, que esta decisão de processamento da recuperação judicial é, na realidade, um despacho que define a sujeição da devedora e dos seus credores aos efeitos da recuperação judicial. Diferencia-se esse momento, todavia, da concessão da recuperação judicial, na dimensão em que esta última acontece ao fim do processo, quando a empresa já aprovou seu plano de recuperação judicial em discussão assemblear e já se situa-se em fase de cumprimento do referido plano.

A Assembleia Geral dos Credores

Foi prevista na Lei 11.101/2005 uma assembleia-geral de credores, devido ao aceite e não concordância de empresas proporem recuperações judiciais, essa assembleia

determina debates sobre os interesses dos credores, para assim fortificar com plano que foi oferecido pelo devedor.

Destarte, a convocação da assembleia dar-se-á segundo o disposto no artigo 36, da Lei 11.101/2005:

Art. 36. A assembleia-geral de credores será convocada pelo juiz por edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação nas localidades da sede e filiais, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, o qual conterà:

I – local, data e hora da assembleia em 1ª (primeira) e em 2ª (segunda) convocação, não podendo esta ser realizada menos de 5 (cinco) dias depois da 1ª (primeira);

II – a ordem do dia;

III – local onde os credores poderão, se for o caso, obter cópia do plano de recuperação judicial a ser submetido à deliberação da assembleia.

§ 1º Cópia do aviso de convocação da assembleia deverá ser afixada de forma ostensiva na sede e filiais do devedor.

§ 2º Além dos casos expressamente previstos nesta Lei, credores que representem no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) do valor total dos créditos de uma determinada classe poderão requerer ao juiz a convocação de assembleia-geral.

§ 3º As despesas com a convocação e a realização da assembleia-geral correm por conta do devedor ou da massa falida, salvo se convocada em virtude de requerimento do Comitê de Credores ou na hipótese do § 2º deste artigo (BRASIL, 2005, s/p).

Conforme conceitua Chagas (2020), a assembleia-geral de credores será convocada somente se estiver sido apresentada a contradita ao plano de recuperação judicial.

Após a assembleia, será deliberado sobre este plano de recuperação judicial apresentado e podem atingir a quatro resultados diferentes, resultados estes que estão descritos no artigo 56 da Lei 11.101/2005:

Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.

§ 1º A data designada para a realização da assembleia-geral não excederá 150 (cento e cinquenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial.

§ 2º A assembleia-geral que aprovar o plano de recuperação judicial poderá indicar os membros do Comitê de Credores, na forma do art. 26 desta Lei, se já não estiver constituído.

§ 3º O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembleia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

§ 4º Rejeitado o plano de recuperação pela assembleia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor. (BRASIL, 2005 S/P)

Os números nessas assembleias gerais de credores podem ser elevados, pode ser que exista uma abundosa carga de credores com interesses individuais e que exijam que o pagamento seja o mais rápido possível. Dessa forma, fica complicado que seja decidido reuniões simultâneas, visto que podem ter muitos conflitos e ser bem tumultuado (LISBOA, 2005).

No artigo 26, da Lei 11.101/2005, está disposto como o comitê de credores será constituído:

Art. 26. O Comitê de Credores será constituído por deliberação de qualquer das classes de credores na assembléia-geral e terá a seguinte composição:

- I – 1 (um) representante indicado pela classe de credores trabalhistas, com 2 (dois) suplentes;
- II – 1 (um) representante indicado pela classe de credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais, com 2 (dois) suplentes;
- III – 1 (um) representante indicado pela classe de credores quirografários e com privilégios gerais, com 2 (dois) suplentes.
- IV - 1 (um) representante indicado pela classe de credores representantes de microempresas e empresas de pequeno porte, com 2 (dois) suplentes. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (BRASIL, 2005, s/p).

Conforme disserta Machado (2005), cada classe terá dois membros suplentes, ou seja, visando ao que foi disposto no artigo mencionado na página anterior, o comitê de credores é composto de três membros titulares e seis membros suplentes.

O magistrado ou os credores, em alguns casos excepcionais, poderão convocar a assembleia geral de credores. Os credores precisam representar o mínimo de 25% (vinte e cinco por cento) do total dos créditos de uma determinada classe. Quando esta convocação ocorrer em virtude do pedido dos credores ao juiz, eles devem arcar com as despesas (ARAGÃO; BUMACHAR, 2006).

Assim como previsto no artigo 36, *caput* e § 3º, da Lei 11.101/2005, contrariamente do disposto anteriormente no que tange aos credores, o magistrado convoca a assembleia-geral de credores, por jornais de grande circulação nas localidades da sede e filiais e, por edital publicado no órgão oficial. As custas desta convocação, quando feita pelo magistrado, se dá por conta dos devedores ou da massa falida (BRASIL, 1988).

Entre os poderes da assembleia geral de credores está a competência para negar o plano que foi oferecido pelo devedor. Este poder está a cargo tão somente dos credores (MOREIRA, 2005).

Negar este plano oferecido é de competência tão somente da assembleia e estabelecendo ela em relação a isso, o juiz deverá proferir a sentença de falência, consequência esta em relação a recusa ao plano (MOREIRA, 2005).

O magistrado convocará a assembleia geral de credores se possuir a objeção ao plano de recuperação judicial. Dessa forma, o juiz vai determinar sobre a provação ou rejeição do plano oferecido. O magistrado será capaz de rejeitar absolutamente ou rejeitar relativamente. Se então o juiz estabeleça que irá rejeitar absolutamente, ele precisará modificar a recuperação judicial em falência. No caso de rejeitar relativamente, matéria disposta no artigo 58, § 1º e 2º da Lei 11.101/2005, se modificado ou alterado o plano de recuperação judicial o processo vai estar pronto para receber a sentença que concede a recuperação desta empresa (CHAGAS, 2020).

Tomazzete (2017) disserta e expõe sobre os interesses da coletividade na assembleia geral de credores:

Para atender aos interesses da coletividade, deve haver uma integração de todos os credores, formando uma comunhão, de forma que haja uma vontade coletiva e não diversas vontades individuais. Essa vontade coletiva será manifestada por meio da assembleia geral de credores. Ela representa a reunião dos credores para deliberar sobre matérias do seu interesse, nos processos de falência e de recuperação judicial. Em outras palavras, a assembleia é o órgão de deliberação desses processos, vale dizer, ela é “o órgão colegiado deliberativo máximo dentre aqueles que possuem crédito perante a empresa em recuperação judicial ou em processo de execução concursal de falência”. Tal órgão é facultativo na medida em que nem sempre será necessária essa manifestação dos credores (TOMAZZETE, 2017, p. 203).

Disserta Chagas (2020) que ainda existem discussões relativos ao formato de apresentação do plano de recuperação judicial, sobre o sistema da votação alusivo a assembleia geral de credores, os reflexos dos resultados que foram diferentes nesta assembleia em ocasião que somente uma parte consegue sua aprovação do plano, e na outra parte, tem o seu projeto recusado.

Ainda diz que é de suma importância que todos saibam e entendam sobre o reflexo que cada decisão poderá refletir para a empresa recuperando e os credores, visto que uma

crise patrimonial, financeira e econômica que atinge uma empresa, na maior parte das vezes acerta também os participantes num todo, e, em decorrência, os seus credores.

ATUAÇÃO DO JUIZ NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Não é permitida uma aprovação forçada da recuperação judicial na legislação brasileira, mas, de qualquer forma, o juiz pode ter um papel ativo no processo e ser reconhecido.

Na recuperação judicial, o papel do juiz é deferir o processamento das ações falimentares, determinar citações e supervisionar as atribuições do administrador judicial.

O juiz faz a convocação da assembleia de credores, faz o ordenamento da apreensão de bens, efetua a instrução de processos em conjunto com a prova pericial, e também a oitiva de testemunhas e alterações no quadro geral de credores. O juiz também tem a capacidade de finalizar a recuperação judicial, extinguir processos e obrigações da empresa que se encontra nessa esfera (CHAGAS, 2020).

Em conformidade com Chagas (2020, p. 925), além das funções jurisdicionais que já são exigidas, o juiz que procede ao processo de recuperação judicial tem também funções administrativas. No que tange ao dever jurisdicional, o magistrado pratica os atos vinculados, visto que é de suma necessidade e obrigatoriedade a fundamentação de decisões. Em relação ao administrativo, Lei da Recuperação Judicial, 11.101/2005, oferece ao magistrado a discricionariedade, visto suas ações no decorrer do processo, elas “serão tomadas levando em conta um juízo de conveniência e oportunidade, elementos discricionários atípicos dos atos administrativos”.

Chagas (2020), explica através de um fluxograma em seu livro como funciona o papel do juiz na recuperação judicial, no que se refere à diferenciação das funções administrativas e judiciais:

Funções administrativas são: escolher o administrador judicial, fixar remuneração judicial, autorizar a venda antecipada de bens do falido (em caso de falência da empresa), autorizar a venda direta ou adjudicação de bens a credores, determinar a lacração do estabelecimento do falido ou a continuação da atividade, aprovar ou rejeitar as contas do administrador judicial. Funções judiciais são: deferir o processamento das ações falimentares e recuperacionais, determinar as citações e intimações, convocar as assembleias gerais de credores, determinar apreensão de bens, determinar a instrução dos processos, testemunhas e pericias,

encerrar a falência e a recuperação judicial, além de extinguir as obrigações do falido (CHAGAS, 2020, p. 927).

O poder judiciário, por meio do juiz, é extremamente importante no controle formal da recuperação judicial, a concessão para realização de práticas e de atos na recuperação judicial detém e é essencial por meio do consentimento dos credores.

Quando os requisitos constantes na Lei 11.101/2005 forem atendidos e também todos os direitos de ação, o poder judiciário vai conceder a recuperação judicial e vai praticar atos para superação de crise (TOMAZETTE, 2017).

Ainda segundo Tomazette (2017, p. 89) disserta, o juiz e o poder judiciário não possuem a capacidade para recuperar a empresa, eles regulam e fazem toda verificação para que tudo esteja sendo cumprido dentro do que é estabelecido por lei. O judiciário vai continuar apenas uma supervisão do devedor dos créditos, mesmo que após a concessão da recuperação judicial, essa concessão será mais assente apenas por um período, nominado de período de observação.

A Desembargadora e relatora Isabel Dias Almeida, proferiu no agravo de instrumento de número 70048398374, em 27 de junho de 2012 uma decisão de suma importância no que tange a preservação da empresa com o uso do mecanismo, sendo ela:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. “CRAM DOWN”.

PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. Decisão que tem por finalidade assegurar a possibilidade de superação da situação de crise econômico-financeira da agravada, permitindo 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. Manutenção da decisão recorrida NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO (BRASIL, 2012, s/p).

Munhoz (2005) diz que, a lei brasileira diverge dos outros países no que diz respeito ao instituto *cram down*, a lei afirma que o juiz deve se preocupar em limitar seu poder, preferindo adotar votos de determinados números de credores na assembleia-geral. Na prática, isto está disposto no artigo 58, parágrafo primeiro, da Lei 11.101/2005.

O mecanismo *cram down* no Brasil é reservado e vai de acordo exatamente com o texto da lei, não dando oportunidade para o juiz impor o plano, com a finalidade de que, assim, possa recuperar a empresa “a despeito da discordância dos credores”. (MOREIRA, 2005).

É de muita importância ressaltar as lições de Moreira (2005, p. 259), quando aponta que “a lei brasileira não confere ao juiz nenhuma margem de discricionariedade para a imposição de um plano aos credores discordantes. Basta, e dizemos isso sem nenhuma conotação pejorativa, verificação aritmética do resultado da assembleia”.

Há algumas diferenças entre a aprovação do plano pelo juiz e pela própria assembleiageral de credores, por duas classes de credores. De três classes, duas necessitam aprovar o plano, independentemente de quais que sejam elas (MOREIRA, 2005).

No que diz respeito à intervenção do juiz no processo de recuperação judicial, a jurisprudência que segue evidencia o julgado proferido pelo Desembargador Guaraci de Campos Vianna, da 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde decidiu no agravo de instrumento de número 0060211-41.2016.8.19.0000 que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO DO PLANO E SEU ADITIVO. APLICAÇÃO DO CRAM DOWN. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUIZ NO RESULTADO DA VOTAÇÃO QUE REJEITOU O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA IMPOR A APROVAÇÃO DA PROPOSTA AOS CREDITORES, QUANDO A RECUSA NÃO É JUSTIFICADA E FUNDAMENTADA DE FORMA LEGÍTIMA. APLICAÇÃO DO PRÍNCIPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA EM DETRIMENTO DO VOTO DO CREDOR DE EXPRESSIVO CRÉDITO E ÚNICO NA CLASSE II (GARANTIA REAL). VOTO DISCORDANTE QUE CONFIGURA O ABUSO DE MINORIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 47 E 58 DA DA LEI DE FALÊNCIAS E ARTIGO 170 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1- O fundamento do processo de recuperação judicial é permitir a empresariado em situação de crise econômico-financeira elaborar um plano de recuperação, sujeito à análise dos credores, e, assim, possibilitar a preservação de empresas economicamente viáveis que, contudo, suportam insolvência momentânea. 2- Havendo a rejeição por alguma das classes de credores (titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, titulares de crédito com garantia real e titulares dos demais créditos abrangidos na recuperação), a recuperação judicial se transforma em falência, e a empresa será encerrada para que se proceda à sua liquidação. 3- Insurge-se o banco agravante no sentido de que o Princípio da Preservação da empresa não deve prevalecer sob a legislação eis que a presente recuperação judicial foi concedida em total inobservância ao disposto nos incisos I e III do §1º artigo 58 da Lei 11.101/2005, que prevê que nos casos em que não ocorra a aprovação do Plano de Recuperação Judicial em Assembleia, caberá ao juízo a sua concessão desde que presentes os requisitos cumulativos do mencionado dispositivo. 4- O fato do banco agravado ser o único integrante da Classe II, impossibilita o preenchimento do inciso III, do §1º do art. 58 da LF, que exige a existência de pluralidade de credores e ceifa completamente

um dos fundamentos do presente recurso. 5- No que concerne ao previsto no inciso I, do §1º do art. 58, da LF, é certo que diante de figurar o banco com expressivo crédito e em sendo único na Classe II, o seu voto pela reprovação deságua necessariamente no impedimento da homologação da recuperação diante de seu poderio dentre os credores. [...] 12- Daí, imperiosa a atuação judicial com vistas a reprimir eventuais abusos cometido pelo credor quando configurado o abuso de minoria. 13- Fato é, que ao julgador há de ser dado certo campo de atuação além dos limites literais da lei para que prevaleça o princípio da manutenção da empresa que revele possibilidade de superar a crise econômico financeira pela qual esteja passando e tal princípio se consagra expressamente no art. 47 da Lei de Falências. 14- Por fim, ressalte-se que, a qualquer momento durante o processo de recuperação judicial, pode haver a convalidação em falência por descumprimento de qualquer dever assumido no plano ou, ainda, por deliberação da assembleia-geral de credores, na hipótese de não lhes ser mais conveniente e adequada a manutenção da proposta, em razão de alguma conduta realizada pela parte devedora, desde que alcançado o quorum legalmente previsto no art. 42 da Lei n. 11.101/2005, afastado, é claro, o abuso de direito de voto [...] (BRASIL, 2017, s/p).

O juiz deve sempre agir com “sensibilidade na verificação dos requisitos do *cram down*”, preservar e cuidar o princípio relacionado com a preservação da empresa que se encaminha para a recuperação judicial e, ainda, com o objetivo de evitar um abuso para a minoria dos credores (BÁRIL; FEIJO, 2008, p. 58).

Nas palavras de Moreira (2005), o magistrado tem papel de suma importância no trâmite do processo. O pronunciamento do magistrado, tanto para rejeitar ou para aprovar o plano, tem função homologatória, segundo o artigo 59, parágrafo primeiro, da Lei de Recuperação Judicial de número 11.101/2005, a qual diz ser título executivo judicial.

Para enfatizar o que foi esclarecido por Moreira, o artigo 59, parágrafo primeiro, da Lei 11.101/2005, dispõe:

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

§ 1º A decisão judicial que conceder a recuperação judicial constituirá título executivo judicial, nos termos do art. 584, inciso III, do caput da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil (BRASIL, 2005, s/p).

Ainda, como diz Moreira (2005, p. 252) “não há lide a ser examinada na recuperação judicial; a petição inicial não descreverá um conflito a ser dirimido pelo juiz”.

Ao juiz cabe convocar a assembleia-geral de credores, seja essa convocação pelo comitê de credores, pelo administrador judicial ou, por requerimentos de mínimos 25% dos credores que representarem cada classe (PITOMBO, 2007).

Conforme afirma Tomazette (2017), precisa que seja reconhecido a intervenção do magistrado em processos e homologações, mas se deve impor certos limites a estas intervenções. Não deve ser radical, o juiz não deve deter o papel de homologar as manifestações dos credores, assim como não pode ter totalmente o papel de intervir na recuperação, ignorando as decisões dos credores. Isso iria desvirtuar a ideia de acordo relacionada à recuperação judicial.

O INSTITUTO *CRAM DOWN* - ORIGEM E CONCEITUAÇÃO

A autorização da recuperação judicial está vinculada a aprovação dos credores através da deliberação assemblar. Se não houver qualquer obscuridade quanto ao plano de recuperação judicial, e se esse plano for aprovado, tanto com ou mesmo sem modificações pela Assembleia Geral dos Credores, é de competência do juiz apenas o controle da legalidade formal, não podendo realizar nenhum juízo de viabilidade econômica, embora a doutrina e a jurisprudência dos tribunais nacionais estejam aplicando a intervenção jurisdicional na análise da viabilidade econômica do plano de recuperação. Todavia, a Lei 11.101/2005 excepciona que a recuperação judicial do devedor poderá ser concedida pelo juiz mesmo que a Assembleia Geral de Credores tenha rejeitado o plano.

Moreira (2005), traz algumas definições de requisitos da recuperação judicial, são elas:

De acordo com Moreira (2005), se caso o plano de recuperação judicial não tiver sido aprovado pela assembleia-geral de credores, o juiz pode aprovar, desde que este plano na assembleia-geral de credores tenha atingido, cumulativamente, voto favorável dos credores que são representantes de mais de 50% (cinquenta por cento) dos valores dos créditos totais (MOREIRA, 2005, p. 79).

Mais um requisito é a rejeição por uma destas classes de credores, desde que ela não seja significativa. Em virtude disso, o voto favorável de mais de 33% (trinta e três por cento), na classe que o tiver rejeitado, dos créditos é indispensável (MOREIRA, 2005).

Já outro requisito, é referente ao artigo 58, §2º, da Lei 11.101/2005, que versa sobre o fato de o plano não poder ser aprovado se oferecer tratamento diferenciado entre os credores, credores estes, da classe em que o plano foi rejeitado (MOREIRA, 2005).

Para Moreira (2005), este último requisito citado é o mais importante e de maior precisão do juiz, em um processo de recuperação judicial de empresas. Pois, o ato de impor a um credor que discordou do plano, se considera um tratamento diferenciado a ele, assim pode medir as consequências a respeito de todas as classes de credores e seus integrantes.

Desse modo, conforme entendimento do professor Sérgio Campinho, o instituto do *Cram Down* tem origem no direito norte-americano, e não concretiza uma opção fornecida ao magistrado, e sim um “poder-dever”, para que possa ser aprovado o plano de recuperação, mesmo que reprovado por alguns credores, desde que comprovada a viabilidade econômica daquele plano.

Munhoz (2005, p. 285-286) continua relatando que existe a ocorrência de uma segunda alternativa para a aprovação do plano:

[...] – decisão favorável do juiz, superando-se o veto manifestado por uma classe de credores –, tal como regulada no § 1.º do art. 58, não depende de fatores relacionados com a efetiva possibilidade de recuperação da empresa, mas, tanto quanto o art. 45, baseia-se na obtenção de determinado número de votos favoráveis na assembleia de credores. Assim, como se verá mais adiante, o *cram down* da lei brasileira, ao contrário do que se verifica na disciplina adotada por outros países acerca do mesmo instituto, mantém fundamentalmente o poder de decisão com a assembleia geral de credores, quase que estabelecendo um alternativo de aprovação do plano em relação ao previsto no art. 45; não se abre nenhuma margem para a apreciação pelo juiz da situação econômico-financeira concreta do devedor e do eventual abuso verificado no voto de rejeição do plano manifestado por uma determinada classe (MUNHOZ, 2005, pp. 285-286).

O juiz deve analisar se há discriminação entre as classes de credores e se é tratada, deixando espaço para um juízo de valor. Ademais, cabe ao juiz, segundo Tomazatte (2017, p. 296), “[...] analisar se o plano é justo e equitativo, mais uma vez numa análise bastante subjetiva, que, porém, possuem certos testes de verificação”.

Juntamente com outros valores, considera-se a eficiência, por ser um valor em si próprio, e que servirá para alcançar valores e objetivos ainda maiores. O artigo 170 da Constituição Federal (BRASIL, 2005), visa assegurar uma existência digna a todas as pessoas, dentre outros precedentes pertencentes ao artigo. Pode-se observar que neste ato

se concede à justiça o papel importante, incluindo nele o poder de veto. (TOMAZETTE, 2017).

Tomazette (2017 apud MUNHOZ, 2007, p. 298) faz uma observação importante:

Eduardo Secchi Munhoz foi extremamente feliz ao afirmar que “é hora de superar o dualismo soberania do juiz vs soberania dos credores, que se tornou anacrônico no direito falimentar contemporâneo, em vista do consenso em torno da ideia de que o sistema deve procurar conciliar o papel do juiz, do devedor e dos credores na produção de soluções que atendam a função pública do direito da empresa em crise” (TOMAZETTE, 2017 apud MUNHOZ, 2007, p. 298). (aspas do texto original).

Em resumidas palavras, o *Cram Down* significa que a recuperação judicial ocorrerá mesmo que o mínimo essencial de credores não aprovem, devendo assim, se conformarem pela determinação do juiz, e é formalmente admitido no direito positivo brasileiro, mais precisamente pela sua previsão expressa no Capítulo Onze do *US Bankruptcy Code*.

Para esclarecer melhor a história que originou o instituto jurídico do *Cram Down*, cabe retornar ao ano de 1867. O presente instituto obviamente não se originou da vontade dos credores e magistrados, pois assim como em toda sociedade moderna, a constante evolução se dá pelas situações enfrentadas. No mundo jurídico, quando se trata de “*leading cases*” (aqueles casos problemáticos), que são casos que inovam no mundo jurídico, em que se originam atualizações legislativas. Conforme Soares (1999) o “[...] *leading case*” é “uma decisão que tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras gravitam” que “cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros” (SOARES, 1999, p. 40). É justamente com base nesse contexto e nos “*leading cases*”, que se formaram as inovações jurídicas que criaram a *US Bankruptcy Code* em 1978 e o Decreto Lei nº 7.661/45 (antiga lei de concordata) e, mais recentemente a Lei 11.101/05 (lei de recuperação e falência).

Em 1867, segundo o Waldo Fazzio Júnior (2010, p. 11), os Estados Unidos foi o primeiro país a criar um procedimento de recuperação de empresas, mediante a criação da “Lei de Companhias Ferroviárias” no ano de 1867, que versava sobre medidas preventivas à liquidação das empresas ferroviárias, através de uma reorganização e composição das dívidas, benefício que a partir de 1898 se estendeu a outras pessoas jurídicas, por meio do *Bankruptcy Act*. Com a grande crise financeira que arruinou os Estados Unidos em 1929,

foi promulgado o *Chandler Act*, em meados de 1938, que tinha o objetivo de reestruturar as grandes sociedades anônimas que estavam em estado de insolvência após a crise econômica enfrentada pelo país. À época dessa lei, as empresas que se submetiam ao processo de reorganização, tinham planos formulados pelos credores, e este deveria ser aprovado pela *SEC – Securities and Exchange Commission*, e, por fim, homologado pelo juiz.

O *Chandler Act* vigorou até 01 de outubro de 1978, pois os procedimentos concursais norte americanos passaram a reger através do *New Bankruptcy Code* ou *US Code – USC*, que conforme Yduan de Oliveira May e Lucas Ferreira de Farias (2017), passaram a aderir duas modalidades concursais:

[...] o *Bankruptcy Code* acabou por abranger duas modalidades concursais, quais sejam: a liquidação da empresa, prevista pelo Capítulo Sete da Lei norteamericana, que tem sua correspondência no Direito brasileiro com a falência; e o *Bankruptcy Reorganization*, presente nos Capítulos Onze, Doze e Treze do *Bankruptcy Code*, que se assemelha em determinadas partes com o regime de recuperação de empresas criado pela LF [...] (MAY; FARIAS, 2017, p. 9).

O *Bankruptcy Code* se assemelha em alguns aspectos com a Lei 11.101/05, principalmente no que tange aos institutos que regulam a falência e a recuperação de empresas e também possuem a apresentação necessária de um plano de recuperação de empresas, divisão de classes e votação desse plano, bem como o *Cram Down*, que, a princípio veio do direito norte-americano, e posteriormente foi introduzido na legislação brasileira. Porém, nem todos os aspectos do *Cram Down* se relacionam da mesma forma em ambos institutos.

A expressão *Cram Down* diz respeito a possibilidade que o juiz tem de impor, aos credores que discordarem, o plano apresentado pelo devedor (MOREIRA, 2005). Em seu livro, Martins (2008, p. 185) explica o ponto que mais chama atenção no processo de recuperação judicial e que acaba acarretando o *Cram Down*. São credores que se tornam protagonistas no processo de recuperação judicial de empresas.

Normalmente, o que se identifica nos processos de recuperação judicial no Brasil, em virtude do próprio modelo econômico brasileiro, é a composição dos créditos sujeitos a recuperação judicial concentrada especialmente em instituições financeiras. Em virtude disso, se reconheceu um grande problema no remédio jurídico para tratar as empresas em

dificuldade, uma vez que estes credores/bancos se tornaram os protagonistas dos processos de recuperação judicial.

Ramos (2012, pp. 729-730), disserta sobre a concessão da recuperação judicial:

Perceba-se que o juiz não está totalmente livre para conceder a recuperação judicial ao devedor se os credores não aprovarem seu plano. Ele só poderá fazê-lo se o plano tiver obtido a aprovação de parcela substancial dos credores. Em outras palavras, o juiz só poderá conceder a recuperação judicial, nesse caso, se o plano do devedor tiver obtido uma quase aprovação dos credores reunidos em assembleia. Além dos requisitos transcritos acima, os quais, frise-se, devem ser preenchidos cumulativamente, o juiz deve atentar ainda para a regra contida no § 2º do mesmo art. 58, segundo o qual “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 (RAMOS, 2012, pp. 729-730).

Segundo Souza Junior (2007, p. 533) “a imposição do plano à minoria resistente recebeu nos Estados Unidos a designação de *cram down*, numa referência à expressão ‘enfiar [goela] abaixo’.

Moreira (2005, p. 258), diferencia em sua doutrina o *cram down* brasileiro do *cram down* existente nos EUA. “O brasileiro é legalista e fechado, não dá margem ao juiz para a interposição de plano que possa recuperar a empresa a despeito da discordância dos credores”. Porém, nos EUA “a lei em relação ao *cram down* diz que o plano deve ser justo, equitativo e não discriminatório” (MOREIRA, 2005, p. 258).

O instituto do *cram down* “trabalha com premissas de todo diversas daquelas referidas no modelo norte-americano, premissas essas um tanto numéricas, fechadas e taxativas”, respaldadas no artigo 58 da Lei 11.101/2005, expressam Báril e Feijo (2008, p. 55). Ainda conforme Báril e Feijo (2008), no artigo 58, §1º, da Lei 11.101/05 é demonstrado o objetivo de parar possíveis abusos realizados por alguns credores de classes específicas, designada por eles, mesmo que sejam minoria comparado ao total. O legislador influenciado pelo direito norte-americano, buscou um mecanismo para tornar mais flexíveis as regras referentes à aprovação por classe, dessa forma foi criada e intitulada *cram down*.

Munhoz (2005, p. 285-286), diz:

Assim, o *cram down* da lei brasileira, ao contrário do que se verifica na disciplina adotada por outros países acerca do mesmo instituto, mantém

fundamentalmente o poder de decisão com a assembleia geral de credores, quase que estabelecendo um *quorum* alternativo de aprovação do plano em relação ao previsto no art. 45; não se abre nenhuma margem para a apreciação pelo juiz da situação econômico-financeira concreta do devedor e do eventual abuso verificado no voto de rejeição do plano manifestado por uma determinada classe (MUNHOZ, 2005, pp. 285-286).

Em outras palavras, o art. 58, § 1.º, acaba por criar um *quorum* alternativo para a aprovação do plano pela assembleia geral, além daquele previsto no art. 45. [...] A interpretação sistemática da Lei leva a concluir que, estando presentes os requisitos previstos nos incisos I a III do § 1.º e no § 2.º do art. 58, o juiz não poderá deixar de conceder a recuperação, superando, portanto, o veto apresentado por uma classe de credores.

Ainda de acordo com Munhoz (2005, p. 277), com estipulados requisitos, a Lei 11.101 de 2005 “pode e deve prever a possibilidade de o juiz aprovar o plano de recuperação, superando o veto imposto por uma determinada classe de credores (*cram down*, da lei norte-americana) ou mesmo pelo devedor”.

O artigo 58 prevê que mesmo que ocorra uma discordância parcial dos credores do processo, o juiz está autorizado a impor a estes credores o plano da recuperação judicial desta empresa já aceito por uma parcela destes mesmos (MOREIRA, 2005). Expressa também Tomazette (2017) que, ao associar a forma de aprovação do plano de recuperação judicial alternativa, a Lei 11.101/2005 diz que, se cumpridos todos os requisitos, o juiz poderá consentir a recuperação judicial.

Báril e Feijo (2008) compartilham do mesmo pensamento, onde expressam que o *cram down* “fechado” e “legalista” denota uma categoria de “quórum alternativo” ou “quórum fechado”, ou seja, uma quantidade mínima obrigatória de membros presentes ou formalmente representados para que uma assembleia tome decisões válidas, esse ato tem o objetivo de limitar o poder do magistrado na atuação do mesmo. O mecanismo do *cram down* ainda conforme Baril e Feijo, possuía o poder de evitar que os credores tivessem a capacidade de vetar alguns planos que sejam do interesse de todos presentes, fazendo com que fossem aliviadas as dificuldades entre os credores.

O mecanismo do *cram down* embasa muito sobre o princípio da maioria, à vista disso esse mecanismo visa diminuir o poder de poucos credores, fazendo com que seja possível promover a preservação da empresa. Ayoub e Cavalli (2013) justificam que nas

possibilidades de desqualificação do voto do credor, além do princípio da preservação da empresa que se encontra em recuperação, induz que há um fundamento para não ser desejável centralizar todo o poder para decisão da assembleia nas mãos de apenas um único credor.

Tomazette (2017, p. 295) também mostra a sua opinião e seu conceito sobre o mecanismo *cram down*:

A aplicação da teoria do conflito de interesses, embora inegável, deixa pouca margem de atuação para o juiz nos processos de recuperação judicial. Em razão disso, discute-se a possibilidade de outras intervenções do juiz. No direito comparado, foram desenvolvidos outros institutos que ampliam a margem de intervenção judicial nos processos de recuperação judicial. Um dos maiores exemplos é o chamado *cram down*, entendido inicialmente como a concessão da recuperação judicial mesmo contra a vontade dos credores. A utilidade prática e o uso desse instituto em outros países traz a indagação sobre sua aplicabilidade ao direito brasileiro. [...] o *cram down*, que dá ao juiz o poder de intervir na deliberação dos credores, impondo o plano de recuperação mesmo contra a vontade da maioria, mediante requerimento do proponente. A sua aplicação envolve uma grande margem de discricionariedade do juiz, especialmente na definição sobre justiça e equidade do plano, bem como sobre a ausência de discriminação injusta. Assim, caberá ao juiz verificar se há alguma discriminação entre as classes e se ela é justa, deixando margem para um claro juízo de valor. Além disso, caberá ao juiz analisar se o plano é justo e equitativo, mais uma vez numa análise bastante subjetiva, que, porém, possui certos testes de verificação (TOMAZETTE, 2017, p. 295).

Báril e Feijo (2008, p. 52), afirmam que se trata de um consenso das classes de credores: “[...] o consenso que aqui se refere é entre classes, já que dentro de uma classe, não há necessidade de que todos os credores concordem com o plano, bastando a maioria”.

Tomazette (2017) nos ilustra com o seu ver referente à legislação brasileira no que tange ao mecanismo *cram down*, ao qual faz com que não tenha parâmetro para uma aprovação forçada. O que estabelece nos artigos 47 e 75 da lei que regula a recuperação judicial extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária cabe como fundamento para que seja reconhecido ao magistrado uma figura mais ativa no processo de recuperação judicial.

O que dispõe o artigo 59, § 2º da Lei 11.101/2005, esclarece uma parte no que diz respeito ao recurso que poderá ser interposto contra decisão:

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos,

sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

§ 2º Contra a decisão que conceder a recuperação judicial caberá agravo, que poderá ser interposto por qualquer credor e pelo Ministério Público (BRASIL, 2005, s/p).

A decisão que tem a capacidade para que seja concedido a recuperação judicial e recorrível pelo recurso de agravo de instrumento, de acordo com o que está disposto no artigo 59, §2º, da Lei 11.101/2005 (RAMOS, 2012).

O Cram Down na Lei Brasileira

O *cram down* não é encontrado especificadamente com essa nomenclatura na lei brasileira, porém, a lei 11.101/05, no artigo 58 em seus incisos e parágrafos é elencado o espelho desse mecanismo, ou seja, conforme muitos doutrinadores o *cram down* está presente nesse artigo, mesmo que pouco conhecido pelo ordenamento jurídico, é de suma importância aos nossos magistrados, credores e empresas em fase de recuperação judicial.

É abordado no artigo 58 da Lei 11.101/2005 quanto à concessão do juiz quando o plano tem objeções dos credores:

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 assembleia-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 assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa:

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

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso hajamosente 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 (BRASIL, 2005, s/p).

O Desembargador Milton Fernandes de Souza, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento do Agravo de Instrumento número 0037321-84.2011.8.19.0000, em 13/12/2011, estabeleceu que:

Allinny Ferreira de BRITO; Ricardo Ferreira de REZENDE. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS: APLICABILIDADE SOB OS TERMOS DA LEI 11.101/2005. Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. JANEIRO-FEVEREIRO-MARÇO/2023. Ed. 40. V. 03. Págs. 358-405. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. E-mail: jnt@faculdefacit.edu.br.

DIREITO EMPRESARIAL. ART. 58, § 1º LEI DE FALÊNCIAS. EXCLUSÃO DO VOTO DE CREDOR POR ABUSO DE DIREITO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONCESSÃO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. PREVALÊNCIA. 1- O artigo 58, § 1º da Lei de Falências autoriza o juiz a homologar o plano de recuperação judicial, ainda que sem a aprovação dos credores na forma do art. 45 da Lei, desde que presentes, cumulativamente, os requisitos nele estabelecidos. 2-Nesse contexto, em homenagem ao princípio da preservação da empresa e ao cumprimento da sua função social, é lícito ao Juiz promover a exclusão do voto de credor que exerce seu direito de maneira abusiva e contrária aos interesses dos demais credores, possibilitando, assim, a recuperação judicial da sociedade devedora (BRASIL, 2011, s/p).

Assim, o *cram down* representa a preservação da empresa, dessa forma, o juiz pode interpretar os dispositivos da lei em virtude da preservação da empresa, mesmo que doutrinadores entendam que o *cram down* é fundado com um número mínimo de pessoas, ademais, não deve ser esquecido que devem ser respeitados os princípios da segurança pública e o da preservação da empresa (AYOUB; CAVALLI, 2013).

No que tange à autorização da intervenção judicial, nos termos do plano da recuperação judicial, ainda no artigo 58 da Lei 11.101/05, tem-se o fato de que, não havendo objeção do plano apresentado, o mesmo deve ser aprovado pelo juiz, contanto que a lei seja respeitada (GUARDA; GUEDES, 2018).

Não se pode vislumbrar um poder discricionário do juiz nesse caso. Não se trata de uma simples escolha subjetiva do juiz sobre a conveniência e a oportunidade da recuperação judicial, mas da verificação do cumprimento de certos requisitos objetivos de aprovação do plano. Mesmo o uso da expressão poderá conceder não afasta o juiz da necessidade de seguir a vontade da maioria expressiva dos credores. Não se quer atribuir ao juiz um poder meramente homologatório, mas sim reconhecer a prevalência da vontade dos credores e do fim social a que se destina a lei (TOMAZETTE, 2017, p. 292).

Munhoz (2005) diz que, a lei que estabelece a recuperação judicial, busca encontrar o melhor equilíbrio, dos credores e do devedor, para que assim se encontre uma solução que condiz com o estabelecido em lei, especificadamente com o artigo 47 da Lei que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, Lei 11.101/2005. O juiz possui a função da organização da negociação,

priorizando o respeito e direito entre as partes, fazendo com que seja homologado ao final do processo.

O artigo 47 da Lei supracitada 11.101/2005, dispõe:

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 (BRASIL, 2005, s/p).

Assim, percebe-se que o instituto do *cram down* possui poder de intervenção na decisão, elencado com a assembleia-geral dos credores, oposto do que os outros países adotam. Assim, é determinado um quórum alternativo para aprovação do plano, o que está mencionado no artigo 45 da Lei 11.101/2005:

Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

§ 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

§ 2º Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

§ 3º O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quorum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito (BRASIL, 2005, s/p).

Conforme expõe o escritor Munhoz (2005), a lei brasileira, no que diz respeito ao *cram down*, desempenha um posicionamento que, na maioria das vezes, é divergente do conceituado como válido. Então, observando o zelo na limitação do poder do juiz, o direito comparado resolveu aplicar critérios com relação ao atingimento de número de votos na assembleia-geral dos credores (artigo 58, parágrafo primeiro, inciso I a III da Lei 11.101/2005).

Como já comprovado na realidade, o artigo 58, §1º, extingue um quórum alternativo com relação a aprovação do plano de recuperação judicial, determinado no artigo 45, da Lei supracitada.

[...] os credores quirografários, em conjunto, podem deter mais da metade do valor total dos créditos presentes na assembleia geral (art. 58, § 1.º, inc. I) e, ainda, porque uma das outras classes prioritárias (v.g., trabalhistas), também por receber pagamento integral, pode ter aprovado o plano (art.58, § 1.º, inc. II). O único limite a tal situação seria a exigência de que ao menos 1/3 da classe de credores que rejeitou o plano o tenha aprovado (art. 58, § 1.º, inc. III), combinado com a proibição de que haja discriminação entre os credores da mesma classe (art. 58, § 2.º), mas também esse óbice pode ser superado na realidade concreta, de modo a se verificar o resultado antes delineado. Um plano aprovado com essas condições, há de se convir, conflitaria com a absolute priority rule, na medida em que dispensaria um tratamento privilegiado a uma classe de credores com menor prioridade na ordem de classificação dos créditos definida pela lei (art. 83) (MUNHOZ, 2005, p. 288).

Conforme muito bem exemplificado e explicado por Munhoz (2005), não há julgamento determinado do plano de recuperação judicial, da mesma forma que não há julgamento em processo de separação consensual de casais, por exemplo. O ato do juiz é a homologação, somente, em ambos casos, homologação da vontade das partes e credores. Um único adendo é que, conforme o artigo 58 da Lei 11.101/05, o juiz vai instituir o aceite aos credores concordantes, mesmo em virtude de homologação de plano judicial.

A legislação presente nesse artigo supracitado, em seu inteiro teor, torna mais descomplicado o consenso entre as classes, estabelecendo possibilidades quanto ao fato de que a recuperação judicial pode ser aprovada pelo juiz, mesmo sem aprovação das classes corretas (BÁRIL; FEIJO, 2008).

Aplicabilidade do *Cram Down* Pelos Tribunais

Alguns tribunais e juízes brasileiros exercem um papel fundamental na aplicação do instituto *cram down*, assim, contribuindo para a inversão do quadro das recuperações judiciais, fazendo com que as empresas não atinjam a falência por vontades alheias.

A jurisprudência vem adotando uma postura pró-devedor, e aplicando o *cram down* com algumas flexibilizações dos requisitos que são dispostos no artigo 58, §1º da LRE. Faz-se imprescindível uma análise de uma jurisprudência, de decisão proferida por tribunal brasileiro, onde evidencia-se a classificação de posições sobre quais os limites de aplicação do *Cram Down* sob a *mens legis* da Lei 11.101/2005.

Vejamos uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

A presente recuperação judicial guarda peculiaridade de ter apenas uma única classe de credores quirografários. Não existem credores trabalhistas ou credores com garantias reais. [...] da única classe de credores que compareceram para deliberar sobre o plano de recuperação judicial da agravada, qual seja, os credores quirografários, houve aprovação por 15 credores e rejeição pelos 05 restantes. Por outro lado, no que concerne à quantidade de créditos, houve rejeição por 53,45% e, por conseguinte, aprovação por 46,55% dos credores. Em outras palavras, **houve aprovação quantitativa, mas não qualitativa dos credores quirografários, como exige o artigo 45 parágrafo**

1º. aa da LFR. É fato objetivo que não se alcançou também a aprovação com os requisitos exigidos pelo artigo 58 da LFR, uma vez que **houve rejeição de 53,45% dos credores da classe quirografária, única existente.** A rigor, diante dos termos expressos da lei, deveria ter o MM. Juiz de Direito ter decretado a quebra da devedora, diante da rejeição do plano de recuperação judicial. O que se discute no caso concreto é a possibilidade do Juiz de Direito, ainda que sem a aprovação da maioria conceder a recuperação, à vista da ocorrência de circunstâncias concretas e da constatação de abuso de direito dos credores. **3. Não se nega que ao juiz brasileiro há pouco espaço para interferência quando da rejeição de um plano de recuperação judicial por determinada classe de credores, o chamado *cram down*.** A análise da letra fria da lei parece se inclinar para a não aprovação do plano de recuperação, pois não há “voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes” (inciso I do dispositivo supramencionado), justamente por haver apenas uma classe de credores, os quirografários, que não votaram majoritariamente em relação aos créditos existentes. Não obstante, o Judiciário brasileiro já considerou que ao Juiz é dado intervir excepcionalmente nos planos de recuperação judicial, quando a aprovação ou a rejeição, apesar de refletir o desejo majoritário da comunidade de credores, violar normas cogentes ou de ordem pública. Da mesma forma que o Juiz não somente pode como deve, intervir no processo de aprovação de um plano de recuperação judicial por abuso de direito de determinado grupo de credores que referendaram um plano que lhe é benéfico, em detrimento dos minoritários, entendo que o inverso é também possível. A decretação da quebra teria consequências nefastas para os próprios credores, uma vez que os ativos imobiliários se encontram registrados em nome dos sócios, e não em nome da recuperanda. Foi exatamente o que fez a decisão recorrida, desprezando os votos contrários manifestado por grupo de credores que nenhum benefício terão com a quebra, mas se posicionam de modo contrário ao plano sem objeções de ordem objetiva e com o escopo de pressionar os sócios garantidores a liquidar o crédito. **Na realidade, a figura do “cram down”, tão elogiada em sua construção teórica, padece de sérios problemas de aplicação prática, a ser corrigidos pelo Poder Judiciário quando constate a existência de situações iníquas.** Feitas as considerações acima, valendo-me da possibilidade, ainda que excepcional, de intervir neste caso para manutenção da empresa, mediante cumprimento de um plano largamente aprovado pela maioria quantitativa e sem justificativa de reprovação pelo único credor a interpor

recurso até o momento, e, ainda, com o parecer favoravelmente convergente do Juiz da causa, do Ministério Público e do Administrador Judicial, mantenho a decisão guerreada (sem grifos no original). (BRASIL, 2005, S/P). (destaques do texto original).

Analisando a decisão, está claro a possibilidade do controle jurisdicional quanto a decisão da Assembleia Geral de Credores. Se a compreensão do art. 58 fosse limitada, não seria possível a aprovação do plano, todavia, o juiz conferiu a si mesmo margem de liberdade, com ênfase em favorecer a coletividade, aplicando o *cram down*, afastando a objetividade dos pressupostos legais previstos pelo art. 58, Lei nº 11.101/05, e permitindo uma análise mais casuística do feito recuperacional.

Aproveitando o ensejo, o magistrado elenca crítica ao caráter legalista e hermético do “*Cram Down* brasileiro”, posicionando-se a favor de uma maior fluidez do instituto, com vistas a conferir maior participação por parte do judiciário, acercando-se do instituto norte-americano.

Os requisitos que são elencados no art. 58, §1º da LRE afastam o instituto brasileiro daquele presumido na lei americana, impossibilitando que o judiciário efetivamente atue no âmbito de recuperação.

Dessa forma, aqueles julgadores mais positivistas, vão entender que não é de competência deles a intervenção na deliberação assemblear – quando preenchidos os requisitos legais. Outros julgadores, todavia, como demonstrado *in retro*, abrem divergência no sentido de distribuir-lhes liberdade quando da aprovação judicial do plano de recuperação judicial.

CONCLUSÃO

A presente monografia entreviu diversos pontos de vista em relação ao instituto da recuperação judicial de empresas, dissertando desde o Decreto-Lei 7.661, em 1945, que regia a Concordata, até o desenvolvimento da Lei de Recuperação Judicial, nº 11.101, no ano de 2005, dessa forma, foram vistos pontos recentes pelos estudos doutrinários e jurisprudenciais.

Vistos os atributos e, também, os princípios que regem o instituto, o estudo descreveu pormenorizadamente o método de recuperação, norteado fundamentalmente pela Lei 11.101/05. Não se esquecendo do objetivo principal do procedimento, isto é, a recuperação da empresa que supera a crise econômico-financeira. Dessa forma, foi estudado o papel do magistrado na recuperação judicial, perante a vigência da LRE, realizando a conferência crítica unida ao procedimento previsto no *Bankruptcy Act* norte-americano.

Com essa base, é versada, sobretudo, a hipótese de interferência do magistrado na recuperação, contudo, com possibilidade mencionada no art. 58 da Lei, seja através da análise das condições legais, ou pelo manejo de legalidade do plano de recuperação judicial ou, até mesmo,

pela observação de viabilidade econômica da empresa (tanto do deferimento da recuperação judicial ou da aprovação do plano de recuperação).

Dessa forma, valendo-se da hipótese de que não se refere à uma simples opção do juiz, mas de um dever de interferir no controle de legalidade do plano de recuperação judicial, o papel do juiz no processo de recuperação judicial é fundamental, cooperando não somente com reverência aos princípios éticos-legais, mas também distanciando as injustiças em desfavor da empresa recuperanda.

Alastrando-se nas bases principais da ordem econômica nacional, em acordo com o princípio geral da preservação da empresa e o princípio de sua função social, é de importância evidenciar a elevação de se incluir precisamente o *Cram Down* no sistema de falências pátrio. Regido de forma específica na LRE, o “*Cram Down* brasileiro” não muito se identifica ao instituto originado na legislação norte-americana, dado que, na legislação o mesmo se mostra de forma fechada e inerte, reduzindo a lacuna para a subjetividade e arbitrabilidade na decisão do juiz.

Ou seja, a aplicabilidade do mecanismo *Cram Down*, sob a Lei 11.101/05, estampase rigorosa, demandando várias condições legais e com isso, faz-se com que o método de aprovação ou reprovação do plano de recuperação judicial se limite à relação credor devedor.

Ademais, foram estudadas algumas decisões judiciais, ou seja, algumas jurisprudências, a fim de verificar os limites jurisdicionais que se impõem à aplicabilidade do *Cram Down*, no direito brasileiro. De tal modo, pretendeu-se averiguar a possibilidade de o magistrado modificar a decisão da assembleia-geral dos credores.

De tal modo, frente às críticas doutrinárias e aos entendimentos das jurisprudências demarcados nesse estudo, observa-se que, realmente, o *Cram Down* brasileiro, equiparando com o norte-americano, no qual os juízes agem com diversos poderes, designa um juiz executor de um poder-dever e que desempenha uma função somente homologatória e não muito participativa no âmbito recuperacional.

Apesar de tal fato, pela apuração dos fatos aqui mostrados, nota-se que, mesmo com a rigidez legal exigida ao instituto, as decisões vêm sendo mais claras, visando o juiz uma flexibilização das condições legais para efeitos de aplicabilidade do *Cram Down*, especialmente nas situações em que há possibilidade de se aferir a existência de abuso do exercício de direito do voto.

Portanto, é de grande valor que desempenha o juiz um poder arbitrário, equilibrando normas e princípios, de modo a possibilitar decisões mais justas. Dessa forma, não é de competência ao juiz simbolizar um simples observador diante a lei, sendo indispensável a expedição de juízo de valor.

De fato, fica integralmente executável e possível que o juiz interfira na determinação da assembleia-geral de credores, não somente na possibilidade previsível no artigo 58, §1º, da LRE, mas toda vez que averiguar vícios e ilegalidades que possibilitem comprometer o fim indispensável do procedimento recuperacional.

Em síntese, todavia, destaca-se que o dever do juiz com o seu papel no âmbito recuperacional está dependente à cautela às orientações do ordenamento jurídico como um todo e não somente às margens impostas pela Lei de Recuperação de Empresas. Não descuidando que, todavia, a decisão da assembleia ainda predomina no processo de recuperação judicial, necessitando ser disponibilizada a possibilidade de interferência do magistrado toda vez que seja preciso para evitar e sanar vícios e injustiças, através do mecanismo *Cram Down*.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos nos códigos civis francês e brasileiro. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 5.

ARAGÃO, P. C.; BUMACHAR, L. A Assembleia Geral de Credores na Lei de Recuperação e Falências. In: SANTOS, Paulo Penalva (coord). **A nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101/05**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 109-127.

AYOUB, L. R.; CAVALLI, C. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BÁRIL, D; FEIJO, G.Q. Cram Down: considerações críticas à importação do regime do chapter 11 para o regime legal da lei 11.101. In: SILVEIRA, A. A.; BÁRIL, D; FERNANDES JUNIOR, J. M (coord). **Recuperação Judicial de Empresas: temas atuais**. Porto Alegre: OAB/RS, 2018.p. 46-63.

BARROS, Carla Eugenia Caldas Barros. Direito Falimentar e Recuperacional. ARACAJU: PIDCC, 2014. LOBO, Jorge. **Da recuperação judicial**. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Nova lei de recuperação e falência comentada. 3.ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2005.

BRASIL. **Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. “Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”. Brasília, DF: Presidência da República, [2004]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (5. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento Cível n. 0037321-84.2011.8.19.0000**. DIREITO EMPRESARIAL. ART. 58, § 1º LEI DE FALÊNCIAS. EXCLUSÃO DO VOTO DE CREDOR POR ABUSO DE DIREITO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONCESSÃO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. PREVALÊNCIA. [...] Agravante: Sindicato dos Empregados no Comercio de Duque de Caxias Sao Joao de Meriti Mage e Guapimirim. Agravado: Supermercados Alto da Posse Ltda. Relator: Des.

Alliny Ferreira de BRITO; Ricardo Ferreira de REZENDE. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS: APLICABILIDADE SOB OS TERMOS DA LEI 11.101/2005. *Facit Business and Technology Journal*. QUALIS B1. JANEIRO-FEVEREIRO-MARÇO/2023. Ed. 40. V. 03. Págs. 358-405. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. E-mail: jnt@faculdefacit.edu.br.

BRASIL. Milton Fernandes de Souza. 13 de dezembro de 2011. **Tjrj.jus**. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.10.0>.

BRASIL. **Jus Bbrasil** <https://tonnycoelho.jusbrasil.com.br/artigos/813783466/tcc-sobre-recuperacao-judicial-e-falencia-lei-11101-05>.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito Especial Esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentário à nova lei de falências e recuperação de empresas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 2ª ed. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2005.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GONÇALVES, M. G. V. P. R.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito falimentar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. **Recuperação judicial de empresas e falência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. pp. 133-134.

MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas** – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

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.

MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. pp. 245-274.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Do Procedimento de Recuperação Judicial**. In: SOUZA JUNIOR, F. S. 2005.

NEGRÃO, Ricardo. **Comercial e de empresa: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Direito Falimentar Brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, maio 2005. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_lin_k=revista_artigos_leitura&artigo_id=594.

PITOMBO, A. S. A. de M. (coord). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2005. pp. 269-313.

Alliny Ferreira de BRITO; Ricardo Ferreira de REZENDE. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS: APLICABILIDADE SOB OS TERMOS DA LEI 11.101/2005. Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. JANEIRO-FEVEREIRO-MARÇO/2023. Ed. 40. V. 03. Págs. 358-405. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. E-mail: jnt@faculdefacit.edu.br.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ROCHA, Angelito Dornelles da. 1 Histórico do Direito Falimentar. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 6, nº 484, 03 de out. de 2006.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito empresarial sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

THOMÉ, Georgina Maria; MARCO, Carla Fernanda de et al. Falência e sua evolução: da quebra à reorganização da empresa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/760>>.

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

SOARES, Guido Fernando Silva. Common Law: Introdução ao Direito dos EUA. 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: **Revistas dos Tribunais**, 1999.