

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
CURSO DE DIREITO**

Larissa Diehl Vidal Rodrigues

**PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA: A ATUAÇÃO
EFETIVA DOS CREDORES NOS TERMOS DA LEI 11.101/2005 E O MECANISMO
DO *CRAM DOWN***

Santa Cruz do Sul
2020

Larissa Diehl Vidal Rodrigues

**PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA: A ATUAÇÃO
EFETIVA DOS CREDORES NOS TERMOS DA LEI 11.101/2005 E O MECANISMO
DO *CRAM DOWN***

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Eltor Breunig

Santa Cruz do Sul
2020

Aos meus pais, pelas inúmeras oportunidades.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Clarice e Edson, que sempre me apoiaram e deram todo suporte necessário para que eu pudesse chegar até aqui. A realização deste sonho de estar cursando e agora concluindo o curso de Direito somente é possível graças a vocês.

Sou grata ao Douglas que, durante esta caminhada, ao longo do curso e no trabalho de conclusão, me apoiou, motivou e deu todo suporte necessário.

Agradeço imensamente aos meus amigos que estiveram comigo ao longo desta jornada, comemoram e vivenciaram cada pequena vitória.

Ao meu professor orientador, Eltor Breunig, existem somente agradecimentos a serem feitos, obrigada por aceitar conduzir o meu trabalho de conclusão de curso e pela sabedoria transmitida ao longo deste ano. As professoras de metodologia, Suzete da Silva Reis e Rosana Helena Maas, pelos longos e conclusivos ensinamentos das normas ABNT.

Agradecimentos também ao curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul pela qualidade de ensino oferecida ao longo dos anos que permaneci no curso. A todos os mestres que me concederam a honra de ser sua aluna.

Ao escritório Telöken Advogados, onde estou trilhando minha caminhada, obrigada pela compreensão e ensinamentos compartilhados comigo. Vocês foram e são essenciais.

Poder contar com a boa vontade e o conhecimento dessas pessoas foi fundamental para o meu êxito.

Muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho monográfico possui como tema o instituto da recuperação judicial da empresa e a possibilidade de utilização do mecanismo do *cram down*, em face da finalidade precípua desse instituto e, tem como objetivo analisar a Lei 11.101/2005 e compreender para que o mecanismo do *cram down* é benéfico em Recuperações Judiciais de empresas. Nesse contexto, a problemática enfrentada consiste no momento em que o plano de recuperação judicial não for aprovado pelos credores e o poder judiciário tiver que interferir. A questão objeto da pesquisa é saber se tem ou não validade a decisão contrária à deliberação da assembleia-geral dos credores e qual o fundamento e a nomenclatura correta e específica do instituto de que o juiz pode valer-se? Para dar conta dessa tarefa, utiliza-se o método dedutivo. Por fim, pode-se afirmar que o mecanismo do *cram down* existe sim na Lei 11.101/2005. Não se encontra com a mesma nomenclatura, mas a possibilidade que o juiz tem de intervir em um processo de recuperação judicial para aprovar o plano considera-se o mesmo no direito norte-americano.

Palavras-chave: *Cram Down*. Credores. Empresas. Lei 11.101/2005. Recuperação Judicial.

ABSTRACT

The following thesis has the institute of a company's judicial reorganization and the possibility of the use of *cram down* mechanism as its theme in front of the primary purpose of that institute and, it has as the goal to analyze the Law n. 11.101/2005 and to comprehend the benefits of the *cram down* mechanism in companies judicial recoveries. In that context, the problematic faced consists on the moment in which the judicial recovery is not approved by the creditors and the judiciary power has to interfere. The research's object issue is to know if the creditors general assembly contrary decision has validity or not and which institute's fundament and correct and specific nomenclature the judge can use? To manage that, the deductive method will be used. Lastly, it can be affirmed that the *cram down* mechanism does exist in the Law n. 11.101/2005. It can not be found with the same nomenclature, but the judge's possibility to interfere in a judicial recovery process to approve a plan is considered the same in the North American legislation.

Keywords: *Cram Down*. Creditors. Companies. Law 11.101/05. Judicial recovery.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	ATUAÇÕES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	9
2.1	Sujeitos do processo de recuperação judicial: credores e administrador judicial	9
2.2	Apresentação do plano de recuperação judicial	14
2.3	Aprovação e rejeição do plano de recuperação judicial pela assembleia-geral de credores	18
3	COMPREENSÃO DO MECANISMO DO <i>CRAM DOWN</i>.....	22
3.1	Considerações sobre o mecanismo	22
3.2	Origem e conceituação	27
3.3	O <i>unfair discrimination</i>	31
4	<i>CRAM DOWN</i> NA PRÁTICA PROCESSUAL BRASILEIRA.....	35
4.1	Análise do artigo 58 da Lei 11.101/2005	35
4.2	Intervenção do julgador	38
4.3	Artigo 58, parágrafo segundo: o plano que não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.	43
4.4	Decisões contrárias ao <i>cram down</i> na jurisprudência.....	46
5	CONCLUSÃO	49
	REFERÊNCIAS.....	52

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico realiza uma análise em relação à Lei 11.101/2005, preocupando-se em demonstrar a possibilidade de aplicação do mecanismo conhecido como *cram down* no direito brasileiro e se ele é benéfico em Recuperações Judiciais de empresas.

A metodologia aplicada no trabalho é de pesquisa jurisprudencial, documental e bibliográficas, e desenvolvendo pesquisas mediante estudo de artigos científicos, livros e diversos outros documentos. Já o método aplicado nesta elaboração de estudo é o dedutivo, pois parte do geral para o específico.

A questão principal abordada e a ser respondida é se, quando o plano da recuperação judicial não for aprovado pelos credores e o poder judiciário tiver que interferir, terá validade a decisão contrária à deliberação da assembleia-geral dos credores? E ainda, qual o fundamento e a nomenclatura correta e específica do instituto de que o juiz pode valer-se? O objetivo maior de uma Recuperação Judicial é a preservação da empresa, visando à manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, sendo esses últimos detentores de deveres e obrigações desta empresa, com o poder de aprovar ou não o plano da Recuperação Judicial.

No primeiro capítulo, são abordadas as atuações e quem são os atuantes da recuperação judicial. Quem são os credores e o administrador judicial. Em resumo, os credores são os maiores interessados na solução dos problemas da empresa, para com que, assim, consigam reaver seus créditos o mais rápido possível. Já o administrador judicial é quem mais resolve e soluciona estes problemas que vinculam a empresa no processo da recuperação judicial. A apresentação do plano de recuperação judicial, aprovação ou rejeição pela assembleia-geral de credores, que, em resumo, determina e administra as discussões dos credores, fazendo com que, desse modo, seja aceito o plano ofertado pelo devedor.

A compreensão do mecanismo *cram down* está especificada no segundo capítulo deste trabalho. Este mecanismo é fundamento e fase de todo o trabalho. Esse instituto provém dos Estados Unidos e se assemelha com o disposto no artigo 58 da Lei brasileira 11.101/2005. São tratadas e exemplificadas, nesse capítulo, considerações sobre o *cram down*, assim como sua origem e conceituação e, ainda, o *unfair discrimination*.

Por fim, o capítulo terceiro trata especificamente do mecanismo do *cram down* na prática processual brasileira. Nesse capítulo analisa-se o artigo 58, e especificamente seu parágrafo primeiro, da Lei 11.101/2005, que equivale a esse instituto na lei brasileira. Ainda, a intervenção do julgador, em outras palavras, o papel que o magistrado tem ao determinar que a empresa entre em recuperação judicial, independente do aceite dos credores.

O parágrafo segundo do artigo 58 determina que o plano não pode implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado, tópico tratado no último subtítulo deste capítulo.

O tema do trabalho elaborado consiste no instituto da recuperação judicial da empresa e a possibilidade de utilização do mecanismo do *cram down*, em face da finalidade precípua desse instituto. Tema que tem extrema importância para que todos os credores sejam beneficiados de igual maneira antes, durante e após o trâmite de uma recuperação judicial.

2 ATUAÇÕES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A lei 11.101 de 2005 regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Ela visa à preservação da empresa revertendo qualquer dificuldade financeira.

Os credores de uma recuperação judicial e o Ministério Público são chamados de fiscalizadores do tramite deste processo, e a assembleia-geral de credores é caracterizada como o órgão de deliberação.

Mas, os principais responsáveis por administrar, fiscalizar e conduzir o processo de recuperação judicial que irá tramitar em nome da empresa são o administrador judicial e o juiz.

O papel dos credores e do administrador judicial está especificado na Lei 11.101/2005, na seção III, iniciando-se a partir do artigo 21, ao qual delibera sobre todos os campos relacionados aos títulos.

Previsto a iniciar-se no artigo 53, na seção III da Lei 11.11/05 o plano de recuperação judicial da empresa que se encontra com dificuldades fica especificado e exemplificado.

Quem são e o principalmente papel desenvolvido pela assembleia-geral de credores, fica previsto também na Lei 11.101/2005, iniciando-se na seção IV, a partir do artigo 35.

2.1 Sujeitos do processo de recuperação judicial: credores e administrador judicial

Inicialmente vale compreender que o que se baseia como a recuperação judicial de uma empresa é “[...] construção de que a reorganização eficaz dos negócios de uma empresa em dificuldade representa uma das principais formas de maximização do valor dos ativos e de proteção aos credores” (LISBOA, 2005, p. 43).

O administrador judicial é muito importante e tem grande relevância para auxiliar o juiz no processo de recuperação judicial. Este administrador é escolhido pelo juiz dentre outras pessoas que são de confiança deste juiz, tal ato está previsto na Lei 11.101/2005 (CHAGAS, 2020).

A própria lei de recuperação judicial, em seu artigo 47, (BRASIL, 2005, www.planalto.gov.br) nos esclarece o que 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.

De acordo com Chagas (2020, p. 929) dispõem em seu livro, o disposto no artigo 22 assim como os objetivos que são traçados nos artigos 47 e 75 todos da Lei 11.101/2005, determinam que “o administrador judicial não deve ser considerado apenas o representante da universalidade de bens e da comunhão dos credores do devedor empresário”.

Conforme Lisboa (2005), os principais agentes que estão envolvidos em um processo de recuperação judicial têm seus próprios e particulares motivos e incentivos. Os devedores e os administradores de empresas veem no ato da recuperação uma possibilidade para aliviar a crise financeira, ao contrário do que pensam os credores, pois, com a superação da crise financeira, esta empresa tem mais oportunidades de realizar novos negócios.

Em virtude da perda de faturamento e da redução dos clientes, através destes pequenos desequilíbrios, o empresário sente e sabe que está se iniciando uma crise. Deve ele então prever medidas cabíveis, dentre elas o pedido de recuperação judicial. Este empresário deverá requerer a recuperação judicial antes que a situação chegue a se tornar irreversível (RAMOS, 2012).

Idealizado no ano de 2005, conjuntamente com a Lei 11.101/2005, o sistema da recuperação judicial inclui cinco modalidades, organizadas em duas classes diferentes, referente a maior ou menor intervenção judicial. A primeira, disposta no artigo 47 a 69 da já mencionada Lei, é destinada a empresas de pequeno porte e microempresas. Já a segunda modalidade prevê um plano realizado de forma consensual entre credores e devedores, vinculado à homologação do juiz responsável, aqui se subdivide em três, individualizado, disposto no artigo 162 da Lei 11.101/2005; por classe de credores, com fundamento no artigo 163 da Lei 11.101/2005; e ainda modalidade aberta, artigo 167 da Lei 11.101/2005 (NEGRÃO, 2020).

Os credores são os maiores interessados na solução dos problemas da empresa. Têm eles um papel importantíssimo no processo da recuperação judicial. A

reforma da legislação brasileira levou a participação destes credores em conta, fazendo com que, assim, tivessem eles, a oportunidade de participar de uma forma ativa destes processos (ARAGÃO; BUMACHAR, 2006).

Uma das coisas extremamente gratificantes e inovadoras da nova lei de recuperação judicial é o método de trazer para o processo, os credores. Eles não podem ser afastados por decisões judiciais, mesmo que este conhecimento sobre os atos pertinentes a recuperação judicial não seja de fácil entendimento (MOREIRA, 2005).

Pela legislação atual, o comitê de credores é um órgão extremamente importante. Existe a intenção de elevar a participação dos credores no processo de recuperação judicial de empresas. Esta criação concilia com a tentativa de solução da crise do empresário. Nos processos de falência e de recuperação judicial o comitê não é um órgão obrigatório. O juiz pode entender ou não pela sua criação, neste caso ele irá convocar assembleia-geral de credores para que eleja seus membros (MOREIRA, 2005).

Conforme exposto no artigo 27, da Lei 11.101/2005, (BRASIL, 2005, www.planalto.gov.br) ali está especificada a competência do comitê de credores.

Art. 27. O Comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nesta Lei:

I – na recuperação judicial e na falência:

- a) fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial;
- b) zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei;
- c) comunicar ao juiz, caso detecte violação dos direitos ou prejuízo aos interesses dos credores;
- d) apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados;
- e) requerer ao juiz a convocação da assembleia-geral de credores;
- f) manifestar-se nas hipóteses previstas nesta Lei;

II – na recuperação judicial:

- a) fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 (trinta) dias, relatório de sua situação;
- b) fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial;
- c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial.

§ 1º As decisões do Comitê, tomadas por maioria, serão consignadas em livro de atas, rubricado pelo juiz, que ficará à disposição do administrador judicial, dos credores e do devedor.

§ 2º Caso não seja possível a obtenção de maioria em deliberação do Comitê, o impasse será resolvido pelo administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, pelo juiz.

Realizando a análise de todo o enunciado, disposto acima, respectivos parágrafos e incisos, do artigo 27, da Lei 11.101/2005, consegue-se perceber que as responsabilidades e funções do comitê de credores, consistem basicamente no auxílio ao juiz do processo de falência ou recuperação judicial de empresas, bem como na fiscalização do trabalho do administrador judicial. Existe a possibilidade, conforme outros dispositivos da lei, de, antes da decisão judicial a oitiva do comitê de credores (RAMOS, 2012).

Ramos (2012), explica que os membros participantes do comitê de credores não são remunerados pela empresa ou pelo devedor em recuperação judicial, ao contrário do administrador judicial que recebe remuneração específica. Comprovando as despesas, e elas serem autorizadas pelo juiz, visando à disponibilidade de caixa, isso é o máximo que pode ocorrer. É o que dispõe o artigo 29, da Lei 11.101/2005.

O administrador judicial é a figura central do processo de recuperação. Ele será uma pessoa física ou jurídica, que, irá atuar com várias funções e deveres. A sua função será de transmitir ao magistrado a viabilidade deste plano, para que, assim, o juiz forme seu próprio convencimento, dentre isso tudo, traduzir a linguagem técnica financeira e contábil agregada ao plano (SIMIONATO, 2008).

Em virtude disto, fica vedada a nomeação de pessoas que desejam ser somente “síndico profissional”, atividade que é famosa. O administrador judicial deve ser pessoa que exerça uma atividade condizente com o que está por vir no andar do processo, que possa traduzir e convencer ao juiz sobre a viabilidade do plano apresentado (SIMIONATO, 2008).

Negrão (2020) destaca que não se pode encontrar no mercado de trabalho muitas pessoas cujas atividades se equiparam às desempenhadas pelo administrador judicial.

Conforme disposto no artigo 22, inciso II, alínea ‘a’, presente na Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, no ato da recuperação judicial compete ao administrador judicial além de outros deveres, sob a fiscalização do comitê de credores e do juiz, a fiscalização do devedor, suas atividades e o cumprimento do plano apresentado (BRASIL, 2005).

Ainda, conforme também evidencia Chagas (2020, p. 932), o artigo 22 da Lei 11.101/2005 estabelece de forma sistemática as atribuições que o administrador

judicial ira assumir no processo de recuperação judicial. Sendo assim, “cada inciso do artigo 22 refere-se a um grupo de atribuições relativas a cada tipo de procedimento”.

O magistrado, ao realizar a escolha e firmar o compromisso com o administrador judicial, logo após determinar o início do processo de recuperação judicial, deve levar em consideração a escolha entre alguns profissionais, dentre eles um economista, administrador de empresas, advogado ou contador. Levando sempre em conta a proximidade destes profissionais com os trabalhos que eles deverão realizar (NEGRÃO, 2020).

Em virtude de este trâmite ser de inúmera complexidade, e em face de leis e aspectos específicos relacionados a processos judiciais, a pessoa mais habilitada cientificamente, seria o advogado, mesmo não existindo nenhuma disposição expressa em lei sobre isso. O advogado, ao contrário dos outros profissionais cogitados, poderá auxiliar o juiz juridicamente, evitando assim de atrapalhá-lo ou sobrecarregá-lo neste andamento (ARAÚJO, 2009).

Mesmo sendo advogado, o ato de ser administrador judicial em um processo de recuperação judicial de uma empresa, exige muita cautela e capacidade. Na maioria das vezes, advogados que carregam consigo especializações em direito comercial e direito falimentar são os mais qualificados para exercerem o cargo (ARAÚJO, 2009).

Chagas (2020), segue a mesma tese de que se recomenda a atuação de um administrador judicial que seja jurista, em virtude do linguajar jurídico que será envolvido e usado ao longo do processo.

Simionato (2008, p. 79) elucida em sua obra que:

O administrador judicial deve cumprir sua função no interesse da empresa em si, e jamais no interesse dos credores ou do devedor. Desaparece, portanto, a função, na recuperação judicial, do *curatore*, característica mais que secular da natureza jurídica do síndico. No processo de recuperação o administrador deve exercer seus deveres buscando os fins sociais da norma, como a manutenção do emprego, da função social da empresa, proteção social em nível regional ou nacional, e defesa do crédito.

Cabe ao juiz fixar a forma de remuneração do administrador judicial, a qual será paga pela empresa que se encontra em recuperação. É fixada em decisão onde

serão levados em conta o momento do pagamento, os limites e os valores. (NEGRÃO, 2020).

2.2 Apresentação do plano de recuperação judicial

Um dos poderes da assembleia-geral de credores tem relação com modificar, aprovar ou rejeitar o plano de recuperação judicial. O artigo 45 da Lei 11.101 de 2005 dispõe sobre algumas destas deliberações e, conforme Negrão (2020, p. 235) traçam-se 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 quorum de deliberação.

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

Nas palavras de Chagas (2020) a empresa recuperanda, que se encontra em recuperação judicial, apresenta o seu plano e, após 30 (trinta) dias, se não houver objeções dos credores a este plano, poderá o processo receber concessão para a recuperação judicial.

Se este prazo não for respeitado e o plano não apresentado no prazo de 60 (sessenta) dias será decretada a falência da empresa que requereu a recuperação judicial (RAMOS, 2012).

O juiz determina pela imprensa oficial a publicação de edital contendo o teor da decisão que preferiu o processamento da recuperação judicial, além disso, a relação de todos os credores na petição inicial, que foi apresentada pelo devedor. A partir deste momento da publicação os prazos começam a correr da seguinte maneira: para o devedor apresentar o plano, tem 60 (sessenta) dias. Para os credores, o prazo é de 15 (quinze) dias para apresentarem as duas divergências relacionadas à publicação ou para habilitarem seus créditos, após, apresentadas ou não tais adversidades o administrador judicial terá o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para apresentar e decidir a nova relação de credores, que será publicada. (GONÇALVES, M. G. V. P. R., 2011; GONÇALVES, V. E. R., 2011).

Esta publicação se dá nos termos do artigo 7º, parágrafo segundo, também da Lei 11.101/2005, (BRASIL, 2005, www.planalto.gov.br).

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.

Conforme ainda conceitua Ramos (2012), sendo assim, é importante destacar que, no momento do deferimento do pedido de recuperação judicial ou o devedor conseguirá a recuperação de sua empresa, ou será declarada sua falência. Não existe uma terceira alternativa.

Apenas o devedor deve e pode elaborar este plano de recuperação judicial e assim apresentá-lo aos credores. Este procedimento é justamente para que os credores possam refletir sobre o plano de recuperação judicial na assembleia-geral de credores. Em virtude disto o prazo para a apresentação do plano e, da verificação administrativa dos créditos de cada credor, inicia-se no momento de publicada a decisão da sentença que autoriza a recuperação judicial e, encerra-se no prazo de 60 dias (AYOUB; CAVALLI, 2013).

Tomazette (2017, p. 268) explica um pouco sobre a 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.

Este plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor deverá conter, o detalhamento dos meios de recuperação que serão empregados. Estas medidas adotadas deverão estar devidamente descritas pelo devedor. Bem como deve, também, conter a discriminação da viabilidade econômica que o devedor terá de demonstrar, incluindo o resultado poupador sobre a adoção do plano. E por último, mas não menos importante, o documento deverá ser assinado por profissional ou empresa devidamente experiente 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).

Ao ser protocolizado o plano de recuperação judicial, o juiz poderá determinar emenda ou esclarecimentos do mesmo. Após, se houver estas determinadas realizações, será publicado o edital, que conterá avisos específicos para os credores relativos aos pedidos do devedor. Esta diligência tem o prazo de 30 dias, contados após o último ato de publicidade que for praticado nos autos, sendo eles: “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).

O conteúdo do plano explicado por Ayoub e Cavalli (2013), diz que devem se ter detalhado os meios de recuperação, conforme dispõem o artigo 53 da Lei 11.101 de 2005. Ainda este plano precisa conter demonstração da viabilidade econômica, conforme parágrafo segundo do artigo referido e, ainda um laudo econômico-financeiro acorde seu terceiro parágrafo.

Conforme explicado por Ayoub e Cavalli (2013), dispõem 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 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.

A apresentação do plano de recuperação judicial deve ser completa e totalmente de acordo com a Lei vigente, a apresentação deste plano incompleto acarreta a falência e condiz como a não apresentação do mesmo. E virtude disso é fundamental que seja conhecido os elementos essenciais para esta apresentação (TOMAZETTE, 2017).

Conforme Negrão (2020), este plano pode ser considerado aprovado expressa ou tacitamente. Expressamente por deliberação da própria assembleia-geral de credores, fundamento este, presente no artigo 45 da Lei 11.101/2005. Ou ainda, tacitamente conforme dispõem o artigo 53, parágrafo único e artigo 7º, parágrafo segundo também da Lei 11.101/2005, se após o prazo de 30 (trinta) dias como visa a Lei, os credores ou o Ministério Público não tiverem feito objeções ao plano, credores ou o Ministério Público não tiverem feito objeções ao plano, (BRASIL, 2005, www.planalto.gov.br).

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 assembléia 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 quorum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito.

Conforme conceitua e explica Ramos (2012), o plano da recuperação judicial não é uma mera formalidade; ele deve ser visto por todos e principalmente pela empresa devedora como algo importante para o seu pedido. Sendo assim, este

plano deve ser muito bem elaborado, propondo medidas para com esta empresa que tenta superar a crise.

2.3 Aprovação e rejeição do plano de recuperação judicial pela assembleia-geral de credores

Como existem inúmeras opiniões e críticas relacionadas ao aceite e à concordância ou não de uma empresa propor a recuperação judicial, foi prevista na Lei 11.101/2005 uma assembleia-geral de credores. Esta assembleia estabelece discussões sobre os interesses dos credores, para assim corroborar com plano que foi oferecido pelo devedor.

Neste sentido, convocação da assembleia se dará conforme o disposto no artigo 36, da Lei 11.101/2005, (BRASIL, 2005, www.planalto.gov.br)

Art. 36. A assembléia-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 assembléia 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 assembléia.

§ 1º Cópia do aviso de convocação da assembléia 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 assembléia-geral.

§ 3º As despesas com a convocação e a realização da assembléia-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.

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

Após a assembleia ir deliberar sobre este plano de recuperação judicial apresentado e podem chegar a quatro resultados distintos, resultados estes estão presentes no artigo 56 da Lei 11.101/2005.

Neste sentido, esclarece-nos o disposto no artigo 56, da Lei 11.101/2005, (BRASIL, 2005, www.planalto.gov.br) referente à objeção dos credores quanto ao plano de recuperação judicial.

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

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

§ 2º A assembléia-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 assembléia-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 assembléia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

Sabe-se que nestas assembleias gerais de credores os números podem ser bem elevados. Pode existir uma numerosa carga de credores que têm interesses individuais e querem exigir que o pagamento seja o mais breve possível. Sendo assim, é difícil promover reuniões simultâneas, pois podem se tornar conflitantes e tumultuantes (LISBOA, 2005).

O disposto no artigo 26, da Lei 11.101/2005, (BRASIL, 2005, www.planalto.gov.br) esclarece-nos 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)

Conforme 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 juiz ou os credores, em casos excepcionais, poderão convocar a assembleia-geral de credores. Estes credores devem 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).

Conforme prevê o artigo 36, *caput* e parágrafo terceiro, da Lei 11.101/2005, ao contrário do disposto anteriormente em relação aos credores, o juiz 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 despesas desta convocação, quando feita pelo juiz, ocorrem por conta dos devedores ou da massa falida. (BRASIL, 1988).

Entre os poderes da assembleia-geral de credores está a aptidão para rejeitar o plano que foi ofertado pelo devedor. Este poder está a cargo exclusivamente dos credores (MOREIRA, 2005).

Rejeitar este plano é poder exclusivo da assembleia e decidindo ela sobre isso, o juiz devesa promulgar a sentença de falência, consequência esta do não aceite ao plano (MOREIRA, 2005).

O juiz irá convocar a assembleia-geral de credores se houver a objeção ao plano de recuperação judicial. Assim ele irá deliberar sobre a aprovação ou rejeição do plano apresentado. O juiz poderá rejeitar absolutamente ou rejeitar relativamente. Caso o magistrado decida rejeitar absolutamente deverá ele convocar a recuperação judicial em falência. No caso de rejeitar relativamente, matéria disposta no artigo 58, parágrafos primeiro e segundo da Lei 11.101/2005, se alterar ou aprovar o plano de recuperação judicial o processo estará pronto para receber a decisão que concede a recuperação desta empresa (CHAGAS, 2020).

Tomazzete (2017, p. 203) explica 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.

Conforme Chagas (2020), existem ainda discussões referentes à forma de apresentação do plano de recuperação judicial, sobre o sistema da votação alusivo a assembleia-geral de credores, os reflexos dos resultados que foram divergentes nesta assembleia quando somente uma parte do consegue sua aprovação do plano, e na outra parte, tem o seu projeto rejeitado.

Ainda conceitua que é extremamente importante que todos entendam sobre a reação que cada decisão poderá refletir para a empresa recuperando e os credores, pelo motivo de que uma crise patrimonial, financeira e econômica que atinge uma empresa, na maioria das vezes atinge também todos seus participantes e, em consequência, os seus credores, questão que vai ser abordada no próximo capítulo.

3 COMPREENSÃO DO MECANISMO DO *CRAM DOWN*

O mecanismo *cram down*, provindo do direito norte-americano, significa, em poucas palavras, que a recuperação judicial se dará indiferentemente da aprovação do quórum necessário de credores, devendo eles conformar-se através de determinação do juiz.

Neste sentido, vale dizer que o magistrado terá liberdade de atuação no processo, podendo determinar a recuperação judicial independentemente do aceite ou não dos credores.

Ou seja, a recuperação judicial da empresa devedora, instituída pela Lei 11.10/05, pode ser concedida pelo juiz mesmo que a Assembleia-Geral de Credores tenha rejeitado o plano. Esta exceção não se faz presente no nosso ordenamento jurídico brasileiro com o nome *cram down*, como no norte-americano, mas se assemelha a ele na disposição do artigo 58 da Lei 11.10/05.

O mecanismo ou instituto do *cram down* faz-se presente de forma condicionada na Lei 11.101 de 2005, lei esta que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

3.1 Considerações sobre o mecanismo

Inicialmente, a expressão *cram down*, diz respeito à possibilidade que o juiz tem de impor, aos credores que forem discordantes, o plano apresentado pelo devedor (MOREIRA, 2005).

Martins (2008, p. 185) destaca e explica, em seu livro, 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.

Nas palavras de Ramos (2012, p. 729-730), a concessão da recuperação judicial se condiciona ao consentimento dos credores. Pode ocorrer este consentimento ou o fato dos credores não apresentarem nenhuma objeção ao plano de recuperação desta empresa devedora, ou ainda se apresentar esta objeção e o plano for aprovado pela assembleia-geral de credores com ou sem alteração. Nestes casos, o papel do magistrado fica regulado pelo fato de ele homologar o plano, após a comprovação pelo devedor da regularização fiscal. Ramos continua explicando que:

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”.

Conforme 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), discrimina 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”.

Por outro lado, nos EUA “a lei em relação ao *cram down* diz que o plano deve ser justo, equitativo e não discriminatório” (MOREIRA, 2005, p. 258).

De acordo com Bátil e Feijo (2008, p. 55), 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”, dispostas no artigo 58 da Lei 11.101/2005.

Ainda, de acordo com Bátil e Feijo (2008), no artigo 58, parágrafo primeiro, da Lei 11.101/2005, evidencia-se a finalidade de parar eventuais abusos exercidos por alguns credores dentro de classes específicas, denominada por eles, ainda que estes credores sejam minoria em relação ao total. Já o legislador, sendo inspirado

pelo direito norte-americano, tentou encontrar um mecanismo para a flexibilização das regras relacionadas à aprovação por classe, nesta maneira instituiu e denominou *cram down*.

Leciona Munhoz (2005, p. 285-286) que:

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 assembléia 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.

Em outras palavras, o art. 58, § 1.º, acaba por criar um *quorum* alternativo para a aprovação do plano pela assembléia 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 segundo Munhoz (2005, p. 277), com determinados 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”.

Conforme Tomazette (2017), ao relacionar a forma de aprovação do plano de recuperação judicial alternativa, a Lei 11.101/2005 afirma que, se cumpridos todos os requisitos que, em outras oportunidades, já foram mencionados, o juiz pode sim conceder a recuperação judicial.

Está previsto no artigo 58 que, apesar da discordância parcial dos credores do processo, o magistrado está totalmente autorizado a impor a estes credores o plano da recuperação judicial desta empresa já aceito por uma parcela destes mesmos (MOREIRA, 2005).

Desde mesmo pensamento, compactuam Báril e Feijo (2008), explanando que o “modelo do *cram down* “fechado” e “legalista” espelha uma espécie de “*quorum* alternativo” ou “*quorum* fechado”, que significa uma mínima obrigatoriedade de membros presentes. Este ato tem a finalidade de limitar o poder do magistrado de atuar.

Neste sistema da recuperação judicial de empresas, ao invés de discutir a matéria relacionada ao voto abusivo, desenvolveu-se o mecanismo ou instituto do

cram down, que foi criado pelo motivo de que seja permitido que o magistrado possa interferir, independentemente do veto dos credores ao plano apresentado. Os parâmetros relacionados ao *cram down* e adotados pela Lei 11.101 de 2005 representam exatamente a preocupação existente e, devem ser considerados superiores ou inferiores em razão do alinhamento e da posição que se encontram em relação à função pública que se tem com a recuperação judicial. (MUNHOZ, 2005).

Segundo Bátil e Feijo (2008), o mecanismo do *cram down* detinha o poder de evitar que credores tivessem o condão de vetar alguns planos que sejam do interesse de todos os presentes, fazendo com que entre os credores as dificuldades fossem sendo aliviadas.

O mecanismo do *cram down* fundamenta muito sobre o princípio da maioria; por isso, ele busca reduzir o poder de poucos credores, fazendo com que assim se consiga promover a preservação da empresa. Em diversas oportunidades se desqualifica o voto de alguns credores com base no princípio da preservação da empresa, para que, assim, seja alcançada a aprovação do plano (AYOUB; CAVALLI, 2013).

Ayoub e Cavalli (2013) continuam explicando que nas hipóteses de desqualificação do voto do credor, para além do princípio da preservação desta empresa que se encontra em recuperação judicial, induz que existe um fundamento para não ser desejável concentrar todo o poder para decisão da assembleia, nas mãos de um único credor. Neste sentido, jamais se alcançará o *quórum* do artigo 58, parágrafo primeiro, inciso III, da Lei 11.101/2005.

Tomazette (2017, p. 295), também expõem 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.

Báril e Feijo (2008, p. 52), afirmam ainda que se trata de um consenso das classes de credores, um temperamento a regra esta que poderia estancar o sistema, “[...], 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 abrilhanta com a sua visão referente à legislação brasileira no mecanismo do *cram down*, ao qual faz com que não existam parâmetros para uma aprovação forçada. Ainda assim, o estabelecido nos artigos 47 e 75 da Lei que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária serve de fundamento para que seja reconhecido ao magistrado um papel mais ativo no processo da recuperação judicial. O que foi disposto do direito norte-americano pode servir como uma referência para a aplicabilidade na legislação brasileira, entre os cumprimentos, estão os objetivos constitucionais e o ato de assegurar uma eficiência possível à recuperação judicial da empresa.

O disposto no artigo 59, parágrafo segundo da Lei 11.101/2005, (BRASIL, 2005, www.planalto.gov.br) explica um pouco referente 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.

A decisão que tem o condão de conceder a recuperação judicial e recorrível pelo recurso de agravo de instrumento, conforme o disposto no artigo 59, parágrafo segundo da Lei 11.101/2005 (RAMOS, 2012).

3.2 Origem e conceituação

Segundo Tomazette (2017), existem, no direito comparado, outros institutos que ampliam as intervenções judiciais no processo de recuperação judicial de empresas. Este instituto é denominado de *cram down*. Pode-se qualificá-lo pelo fato de que, mesmo contra a vontade dos credores, a recuperação judicial será concedida à empresa.

Se não foi aprovado pela assembleia-geral de credores o plano de recuperação judicial, o juiz poderá aprová-lo mesmo assim, desde que os votos favoráveis representem mais de 50% (cinquenta por cento) do valor total dos créditos (MOREIRA, 2005).

No plano de recuperação se alcançado o número específico de aceite pelos credores, o juiz pode anuir a recuperação judicial. Ao contrário, se não for aprovado pela maioria dos credores nas suas respectivas classes, o plano é imposto aos credores pelo próprio juiz, caracterizando assim o *cram down* (AYOUB; CAVALLI, 2013).

O juiz tem poder absolutista relacionado à forma de considerar ou não o plano aprovado pelos credores. O que leva as pessoas a acreditarem nisso, é o uso da expressão *poderá conceder*. Esta aprovação alternativa é conhecida por parte da doutrina brasileira de mecanismo *cram down*, parte da nossa norma afirma que se caracteriza pela possibilidade que o juiz tem de impor aos credores a aceitação do plano (TOMAZETTE, 2017).

Tomazette (2017) continua explicando que, neste caso, não podemos enxergar no juiz um poder absolutista. Não se trata de uma escolha do juiz sobre a melhor oportunidade referente à recuperação judicial, mas sim o cumprimento restrito de formas de aprovação do plano.

A citada expressão *poderá conceder*, por outro lado, não pode afastar o juiz de seguir a vontade da maior parte dos credores deste processo de recuperação judicial. Se quer reconhecer a vontade dos credores e o fim social ao qual se destina a Lei específica, 11.101/2005. O que não se quer é conceder ao juiz o poder de ele validar este plano (TOMAZETTE, 2017).

De acordo com Moreira (2005), se o plano de recuperação judicial não tiver sido aprovado pela assembleia-geral de credores, pode o juiz 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.

Mas, conforme Munhoz (2005), não cabe ao juiz impor restrições respectivas à matéria, ou seja, não existem na lei, conceitos abertos capazes de permitir ao juiz decisões de juízos de legalidade. Quando preenchidos os requisitos de lei, e o plano for aprovado pelos credores, o juiz deve determinar a recuperação judicial da empresa.

Moreira (2005, p. 257) continua explicando que o “segundo requisito será o voto favorável dos credores que representem mais de 50% (cinquenta por cento) do valor dos créditos de cada uma das duas classes de credores”.

O terceiro requisito contempla a rejeição por uma destas classes de credores, desde que ela não seja expressiva. 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 o quarto requisito, refere-se ao artigo 58, parágrafo segundo, da Lei 11.101/2005, que trata do 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 quarto requisito é o ponto 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.

Conforme Negrão (2020), diferem muito as negociações com grandes grupos de credores pertencentes à recuperação judicial de empresas, os institutos de redação primitiva passíveis de críticas, pois igualava sentença permissiva de recuperação à de homologação de conciliação. É registrada e marcada pelo fato da imposição de vontade de alguns credores sobre outros, e sobre a possibilidade da intervenção judicial, que se aplicam a manifestação de parte dos credores, também conhecida como *cram down*.

A lei brasileira, ao falar sobre o mecanismo do *cram down* adotou posicionamentos que não são muito padronizados como válidos. Dessa maneira, revelando a extrema preocupação em limitar o poder do juiz, obtiveram-se, então,

parâmetros relacionados com a obtenção de votos em assembleia-geral de credores, fundamentos estes presentes no artigo 58, parágrafo primeiro, incisos I a III, da Lei 11.101/2005, acrescidos do tratamento uniforme, nas relações da classe que rejeitou o plano (MUNHOZ, 2005).

Munhoz (2005, p. 285-286) continua explicando 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.

Como o mecanismo do *cram down* teve mais notoriedade pelo direito norte-americano, alguns requisitos impostos por eles podem nos servir como referência. Conforme Tomazette (2017, p. 297), estes requisitos nos auxiliam para uma maior aplicabilidade na legislação nacional sobre o assunto, “cumprindo inclusive objetivos constitucionais e assegurando a maior eficiência possível ao regime da recuperação judicial”.

O disposto na constituição da república federativa do brasil do ano de 1988, (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br) diz que:

Na Constituição Federal de 1988, norma maior do nosso ordenamento jurídico, menciona-se a eficiência expressamente como um princípio regeador da administração pública [...]. Assim, a eficiência está presente em vários momentos, sendo extremamente importante para as atividades administrativas no Brasil. A simples menção a esse princípio nesses pontos específicos já leva a crer que a eficiência é um objetivo a ser buscado na atuação do Direito.

Conforme explicado no parágrafo anterior, agora mais detalhado e exemplificado, referente ao direito norte-americano, naquela região, existe um sistema de recuperação judicial de empresas semelhante ao nosso, pois nele exige-se também, o consentimento dos credores. Nesse sistema, requer-se uma série de

requisitos, além do consentimento dos credores organizados em classes, como por exemplo, uma boa perspectiva de sucesso, a viabilidade do plano, o adequado tratamento aos credores atingidos pelo plano, a boa-fé do devedor, dentre outros não citados (TOMAZETTE, 2017).

Tomazette (2017) continua explicando que, entre os requisitos citados, a obediência ao melhor interesse dos credores merece uma atenção especial, ou seja, o plano não poderá ser efetuado se o credor responsável pelo voto que rejeitou o plano iria receber mais no ato da falência da empresa, ao invés da recuperação judicial. Ainda é acrescentada pela legislação americana, na forma mais comum de aprovação do plano, o ato do juiz ser discricionário.

O *cram down* concede ao juiz poder específico de intervir na organização dos credores, impondo a eles o plano de recuperação judicial da empresa, mesmo que este ato seja contra a vontade da maioria. Esta aplicação envolve e exerce uma grande margem de discricionariedade do juiz, mais precisamente nas definições de equidade do plano e de justiça, assim como, a ausência de discriminação injusta. (TOMAZETTE, 2017).

Nesse sentido, cabe ao juiz analisar se existe discriminação entre as classes de credores e se é precisamente tratada, deixando espaço para um juízo de valor. Além desses pontos cabe ao juiz, conforme Tomazette (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”.

Somada com outros valores, deve-se considerar a eficiência, por ser um valor em si próprio, e que irá servir para alcançar valores e objetivos maiores ainda. 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 ver que neste ato se concede à justiça o papel importante, incluindo nele o poder de veto. (TOMAZETTE, 2017).

Conforme de Tomazette (2017), desde que a imposição do plano atenda o melhor interesse dos credores, os maiores afetados, e que o plano seja extremamente justo para os mesmos, deve-se entender possível a imposição do plano da recuperação judicial. A identificação dos critérios para a aplicabilidade do mecanismo do *cram down* no Brasil deverá ser de convencimento do juiz.

Tomazette (2017 apud MUNHOZ, 2007, p. 298) alerta:

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”.

No momento em que uma, ou duas classes de credores específica, confirma a formação do plano de recuperação judicial de empresa, sendo que a maioria da classe não concordou com o sistema, existe a ideia de revitalização da exigência de aprovação do plano por todas as classes deste mesmo; isso são normas para a classe discordante, com caráter protetivo. No *cram down* existem requisitos específicos que têm a função de tutelar os credores, horizontal e verticalmente (BÁRIL; FEIJO, 2008).

Não existe uma ilegalidade no fato de se tratar diferente os credores, considerando suas preferências legais. A ilegalidade neste fato está presente no ato de tratar distintamente e injustamente os credores que tenham prioridade de recebimento, em classes distintas (BÁRIL; FEIJO, 2008).

Báril e Feijo (2008), assim como outros escritores citados neste trabalho, explicam que o instituto do *cram down* brasileiro diverge bastante de premissas presentes no modelo norte-americano, especialmente nos atos numéricos, fechados e taxativos.

Atendidos os requisitos numéricos citados, o juiz pode conceder a recuperação judicial, conforme prevê a legislação. Mas, gerou controvérsia o fato de que o juiz deva ser obrigado a conceder a recuperação, visando a seu grau de obrigatoriedade. Sendo assim, este lado entende-se que, ao preencher todos os requisitos numéricos, o juiz deva conceder a recuperação judicial. Por outro lado, entende-se que o juiz deva primeiramente avaliar com base em elementos e justificativas a concessão da recuperação, evitando algum abuso de direito por credores (BÁRIL; FEIJO, 2008).

3.3 O *unfair discrimination*

O instituto do *unfair discrimination* significa que os credores devem ser tratados igualmente entre si. Não deve existir uma diferença no tratamento entre os credores

da mesma classe, assim como, do valor que cada um seja credor. Ainda, compreende o entendimento de que é proibida a discriminação injusta destes credores.

Para esta explicação pode-se fazer um estudo referente ao direito comparado a respeito dos critérios que já foram estabelecidos relacionados ao *cram down*, ou seja, o juiz pode preponderar ao plano de recuperação judicial que foi imposto por uma classe de credores (MUNHOZ, 2005).

Assim, continua Munhoz (2005, p. 286), os critérios que foram estabelecidos pelo *cram down* na lei brasileira diferem dos estabelecidos pelo direito norte-americano, ao qual é a fonte primária deste mecanismo. “A lei norte-americana prevê a possibilidade de o juiz superar o veto imposto por classes de redores afetados pelo plano, desde que não impliquem *unfar discrimination*”

Como, dispõem Martins (2008, p. 184-185), relacionado ao momento da entrada em vigor da Lei no Brasil:

Desde a entrada em vigor da Lei de Recuperação de Empresas no Brasil, se verificou em inúmeros casos que a forma alternativa de aprovação do plano restou insuficiente, pois efetivamente não observou a relação envolvida entre devedora e credores no caso concreto. Isso acarretou em um vasto número de processos, credores com um poder de voto elevado, que o autorizava a ditar as regras do jogo, independentemente da capacidade e possibilidade da empresa devedora cumprir com as exigências impostas por este super credor.

Existe no âmbito jurídico a previsão de que o plano aprovado pelo juiz não implique uma injusta discriminação entre os credores. Tal teoria diz respeito ao disposto neste subtítulo, está presente e, tem guarida na Lei 11.101/2005 no artigo 58. (MARTINS, 2008).

De acordo com Munhoz (2005, p. 288), o requisito que está previsto no artigo 58, parágrafo primeiro, inciso III da Lei 11.101/2005 pode e vai inviabilizar completamente:

[...] a aprovação de um plano de recuperação, ainda que este não acarrete *unfair discrimination* e seja *fair and equitable* em relação a todas as classes. Isso porque, se uma classe de credores rejeitar o plano com votos representativos de mais de 2/3 do total dos créditos dessa classe, esse veto não poderá ser superado pelo juiz. Com isso, pode uma classe de credores com maior prioridade para o recebimento dos créditos (v.g., com garantia real), dependendo da situação patrimonial do devedor, preferir sua liquidação imediata, já que os ativos seriam suficientes para o pagamento

dos respectivos créditos, ainda que essa solução seja prejudicial às demais classes com prioridade inferior e ainda que a aprovação do plano não deixasse a classe com maior prioridade em situação pior. O voto, assim manifestado por essa classe de credores, seria claramente incompatível com a função pública do instituto da recuperação da empresa, mas a lei brasileira não prevê nenhuma válvula de escape, que permita ao juiz a superação desse veto.

Neste sentido, pode-se observar que a doutrina estabelecida pelos norte-americanos reconhece ao administrador, que é nomeado pelo juiz, ou ao administrador do devedor na recuperação judicial o “dever de buscar a consecução dos interesses dos acionistas, mas também dos credores”. Tendo em mente que existem dificuldade para estabelecer as medidas que os administradores podem atuar para atender os interesses que são conflitantes, a sugestão é que se deve encontrar e elevar do valor desta empresa, sem que se tenha a procuração para com que, posteriormente, este valor seja dividido, entre credores e sócios (MUNHOZ, 2005, p. 288).

A jurisprudência que segue, mesmo não citando a nomenclatura do *unfair discrimination* tem relação com o instituto. Na decisão do agravo de instrumento de número 0047396-88.2019.8.16.0000, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, pelo Des. Lauri Caetano da Silva da 17ª Câmara Cível, neste ano de 2020, diz que:

Agravo de Instrumento. Recuperação Judicial. Lei nº 11.101/2005. Decisão agravada que homologou o plano. Cram down. art. 58, §1º. Possibilidade de controle judicial de legalidade (STJ, Resp nº 1.532.943/MT. Questionamento, pela agravante, de cláusulas do plano. Tratamento diferenciado entre credores da mesma classe. Alegação afastada. Credores micro e pequenos empresários que detêm privilégio especial. Forma de pagamento dos credores quirografários. Deságio, carência e prazo de pagamento. Inexistência de abusividade ou ilegalidade. Supervisão judicial (art. 61) que se inicia após o transcurso do prazo de carência. Supressão das garantias reais e fidejussórias. Matéria controvertida. Cláusula confusa e contraditória. Interpretação da lei que conduz à possibilidade de suspensão de tais garantias, que serão retomadas no caso de descumprimento do plano de recuperação judicial. Recurso parcialmente provido. (Paraná, 2020, <http://www.tjpr.jus.br>)

O requisito classificado como *unfair discrimination* se classifica como um conceito aberto, entre credores que têm condições semelhantes, ou seja, relações horizontais (MUNHOZ, 2005).

Conforme continua explanando Munhoz (2005), o plano de recuperação judicial não pode oferecer tratamento diferenciado dentre os credores existentes e

dependentes das mesmas condições. Conceito este muito semelhante ao que é disposto no artigo 58, parágrafo segundo da Lei 11.101/2005. Esse assunto, relacionado ao artigo 58 da Lei 11.105/05 será abordado, exemplificado e explicado no próximo capítulo.

4 CRAM DOWN NA PRÁTICA PROCESSUAL BRASILEIRA

O mecanismo do *cram down*, como já dito antes, não se encontra especificado com esta nomenclatura na legislação brasileira, mas muitos doutrinadores elencam o artigo 58, seus incisos e parágrafos, da Lei que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, Lei 11.101/2005 como espelho deste mecanismo.

Cram down que está, conforme muitos doutrinadores, presente no artigo 58 da Lei 11.101/2005, é pouquíssimo conhecido por nosso ordenamento jurídico, mas de muita importância e fundamento aos nossos magistrados, credores e empresas recuperandas.

Em resumo, este mecanismo traduz o fato de que se em assembleia-geral de credores não houver o *quórum* necessário, ou seja, credores que não aprovarem o plano de recuperação judicial imposto pela empresa que é devedora, devem estes se conformar com ele. Sendo assim, nesse sentido, o plano é aprovado pelo juiz com fundamento no mecanismo do *cram down*, disposto no artigo 58 da Lei 11.101/2005.

4.1 Análise do artigo 58 da Lei 11.101/2005

Estabelece o artigo 58, em seus parágrafos e incisos, da Lei 11.101/2005, (BRASIL, 2005, www.planalto.gov.br), referente ao que o juiz pode conceder 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 assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

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

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

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

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

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

A respeito dos requisitos cumulativos contidos no artigo 58, parágrafo primeiro, da Lei de recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária (Lei 11.101/2005) podem anuir a recuperação judicial. O referido fundamento do mecanismo do *cram down* representa a preservação da empresa. (AYOUB; CAVALLI, 2013).

Assim, 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, decidiu que:

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. (RIO DE JANEIRO, 2011, <http://www.tjrj.jus.br>)

O julgador pode interpretar os dispositivos da Lei 11.101/2005 além dos seus limites literais em virtude da preservação da empresa, mesmo que a doutrina entenda que o mecanismo do *cram down* é fundado com um número mínimo de pessoas e fechado. Além de todas essas informações, não se deve esquecer que o princípio da segurança pública e o princípio da preservação da empresa devem ser preservados (AYOUB; CAVALLI, 2013).

Referente à permissão da intervenção judicial nos termos do plano de recuperação judicial, e Lei de regência número 11.101/2005, no seu artigo 58, consta o fato de que, se não houver objeção ao plano apresentado, este mesmo deve ser aprovado pelo juiz competente, desde que o conteúdo da lei seja respeitado (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)

De acordo com Munhoz (2005), a lei que define a recuperação judicial procura encontrar o melhor ponto, dos credores e do devedor para com que, dessa maneira, se encontre um resultado condizente com o estabelecido na lei, mais precisamente, no artigo 47 da Lei 11.101/2005. O juiz, neste momento, tem o papel de organizar a negociação, privando pelo respeito aos direitos entre as partes, fazendo com que, ao final, do processo o mesmo seja homologado.

Corroborando com o que foi explicado por Munhoz, o artigo 47 da Lei 11.101/2005, (BRASIL, 2005, www.planalto.gov.br) nos esclarece:

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.

O instituto do *cram down*, que é presente a lei brasileira, tem o poder de decisão elencado para com a assembleia-geral de credores, ao contrário do que é adotado por outros países. Ou seja, estabelece *quórum* alternativo para esta aprovação do plano de recuperação judicial, o que está estabelecido no artigo 45 da lei que fundamenta o instituto, 11.101/2005. O juiz não tem margem para apreciar a situação do devedor, e ainda verificar o voto de rejeição por uma determinada classe ao plano de recuperação judicial (MUNHOZ, 2005).

De acordo as palavras do escritor Munhoz (2005), a lei brasileira, quando fala do mecanismo *cram down*, adota um posicionamento que, geralmente, é divergente do que é considerado como válido. Nesse sentido, observando a preocupação na limitação do poder do juiz, o direito comparado decidiu por adotar critérios relacionados com a obtenção de números de votos na assembleia-geral de credores (artigo 58, parágrafo primeiro, inciso I a III da Lei 11.101/2005). Como já confirmado na prática, o artigo 58, em seu parágrafo primeiro, encerra um *quórum* alternativo relacionado com a aprovação do plano de recuperação judicial, estabelecido no artigo 45 da mesma lei.

[...] os credores quirografários, em conjunto, podem deter mais da metade do valor total dos créditos presentes na assembléia 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 nitidamente explicado e exemplificado por Moreira (2005), não existe um julgamento decidido do plano de recuperação judicial, assim como não existe julgamento em um processo de separação consensual de um casal. A atividade que o juiz executa é somente a de homologação, em ambos os casos, homologação da vontade das partes e dos credores. A única exceção que existe é a do artigo 58 da Lei 11.101/2005, onde o juiz, mesmo em virtude de homologação de plano judicial, vai impor o aceite aos credores que são discordantes.

A legislação presente no artigo 58 da Lei 11.101 do ano de 2005, em seu inteiro teor, torna menos rígido o ato do consenso entre as classes, explicando e estabelecendo hipóteses referentes ao fato de que a recuperação judicial de empresas mesmo sem aprovação das classes corretas, pode ser concedida pelo juiz (BÁRIL; FEIJO, 2008).

Segundo descrito, a respeito da concessão e da atuação do juiz passa a ser abordado no próximo item.

4.2 Intervenção do julgador

A legislação brasileira não permite uma aprovação forçada do plano de recuperação judicial. Mesmo assim, o juiz pode ser reconhecido e ter um papel mais ativo no processo.

Os magistrados têm inúmeras funções no direito brasileiro. Ao juiz cumpre exercer o direito plenamente. Na recuperação judicial, ao exercer seu papel o juiz defere o processamento das ações falimentares, determina citações e supervisiona as atribuições do administrador judicial. É o juiz quem convoca as assembleias de

credores, ordena a apreensão de bens, instrução de processos juntamente com a prova pericial, a oitiva de testemunhas e alterações no quadro geral de credores. Além disso tudo, o magistrado tem o condão de encerrar a recuperação judicial, extinguir processos e obrigações da empresa que se encontra neste âmbito (CHAGAS, 2020).

Nas palavras de Chagas (2020, p. 925), o magistrado que vai conduzir o processo de recuperação judicial da empresa tem funções administrativas além das jurisdicionais já exigidas. Na função jurisdicional, o juiz pratica atos vinculados, pois necessita e é de sua obrigatoriedade fundamentar as suas decisões, sem espaço para a discricionariedade. E, nas ações administrativas, a Lei da Recuperação Judicial, 11.101/2005, dispõe ao magistrado a discricionariedade, em virtude das suas ações na condução do processo, elas “serão tomadas levando em conta um juízo de conveniência e oportunidade, elementos discricionários atípicos dos atos administrativos”.

Ainda conforme Chagas (2020) explana em seu livro através de um fluxograma, a atuação do juiz na recuperação judicial diverge em funções administrativas e funções 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 perícias, encerrar a falência e a recuperação judicial, além de extinguir as obrigações do falido (CHAGAS, 2020, p. 927).

O poder judiciário, através do magistrado, é poder extremamente importante na realização do controle formal da recuperação judicial. A concessão judicial para a realização de práticas e atos na recuperação judicial provém e é essencial através do consentimento dos credores. Atendidos os requisitos constantes na Lei 11.101/2005 e atendidos todos os direitos de ação, o poder judiciário concede a recuperação judicial, fazendo com que, assim, atos necessários para superar a crise sejam praticados (TOMAZETTE, 2017).

Ainda conforme Tomazette (2017, p. 89), não é o juiz ou o poder judiciário que tem o condão e irá recuperar a empresa, apesar de toda a sua importância, ele regula e verifica se estão sendo cumpridas as condições estabelecidas pela lei. “Não cabe a ele proceder diretamente à reestruturação da empresa, mas apenas supervisionar as medidas de reestruturação”. O judiciário irá manter somente uma supervisão do devedor dos créditos, mesmo após a concessão da recuperação judicial, esta concessão será mais firme apenas por um período, nominado de período de observação.

Conforme Munhoz (2005, p. 286), os critérios que foram escolhidos pela lei brasileira para o *cram down* divergem daqueles que foram definidos pela lei norte-americana, a fonte primeira deste instituto. Nela se prevê a probabilidade de o juiz “superar o veto imposto por classes de credores afetadas pelo plano”.

Corroborando para um maior entendimento quanto ao uso do mecanismo *cram down* no sistema jurídico brasileiro, a Desembargadora e relatora Isabel Dias Almeida, proferiu no agravo de instrumento de número 70048398374, em 27 de junho de 2012 uma decisão importantíssima para a preservação da empresa com o uso do mecanismo, inclusive, na nossa região, seja 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. (RIO GRANDE DO SUL, 2012, <http://www.tjrs.jus.br>)

Em seu vasto conhecimento, Munhoz (2005) nos contempla dizendo que a lei brasileira escolheu divergir de outros países referente ao tema do *cram down*. O regime diferente afasta as condutas conhecidas como válidas. A lei diz 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 fechado e observa exatamente o texto de 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).

Analisando por outro ponto, a ideia do *quórum* alternativo não interfere muito na garantia dos interesses dos credores dessa classe que foi desistente (BÁRIL; FEIJO, 2008).

Importante lembrar as lições de Moreira (2005, p. 259), quando menciona 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”.

Existem diferenças entre a aprovação do plano pelo próprio juiz e pela própria assembleia-geral de credores, por duas classes de credores. De três classes, duas devem aprovar o plano, independentemente de quais que sejam elas (MOREIRA, 2005).

Deve ser possível aos credores a imposição do plano de recuperação judicial, não podendo haver uma injusta discriminação. Deve ser atendido o interesse dos credores e fazendo com que seja melhor e mais justo o plano. Ao convencimento do magistrado cabe os critérios de identificação da aplicação do mecanismo do *cram down* no Brasil, visando os benefícios que este instituto traz ao processo de recuperação judicial (TOMAZETTE, 2017).

Com relação à intervenção do magistrado 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 CREDORES, 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 convolação 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. [...]. (RIO DE JANEIRO, 2017, <http://www.tjrj.jus.br>)

O magistrado 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 juiz tem papel importantíssimo no trâmite do processo. O pronunciamento do magistrado, seja para rejeitar ou para aprovar o plano, tem função homologatória conforme o disposto no artigo 59, parágrafo primeiro, da Lei de Recuperação Judicial de número 11.101/2005, a qual diz ser título executivo judicial.

Dando ênfase ao que foi explicado por Moreira, o artigo 59, parágrafo primeiro, da Lei 11.101/2005 (BRASIL, 2005, www.planalto.gov.br), nos esclarece:

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.

Ainda, conforme 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 compete 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).

Báril e Feijo (2008) ainda explicam que os poderes recebem críticas pela insegurança jurídica que carregam consigo, visto que são critérios não estabelecidos em lei e flexibilizam o que é disposto em lei.

Conforme afirma Tomazette (2017), tem que se reconhecer a intervenção do juiz em processos e homologações, mas se deve impor certos limites a estas intervenções. Não podendo 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.

Conforme o que é descrito ao longo deste subtítulo, relacionado ao papel do magistrado no processo e na decisão de recuperação judicial, o tratamento diferenciado passa ser abordado no próximo item.

4.3 Artigo 58, parágrafo segundo: o plano que não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Os requisitos contidos no parágrafo segundo do artigo 58 da Lei 11.101/2005 condizem muito os com presentes no parágrafo primeiro. Sendo assim, desde que constem os que são abordados no primeiro, o plano de recuperação pode ser concedido pelo magistrado. Se houver a aprovação, que é requisito do artigo 45 da

mesma lei, o juiz pode sim aprovar o plano de recuperação judicial (GONÇALVES, M. G. V. P. R., 2011; GONÇALVES, V. E. R., 2011).

Conforme Moreira (2005, p. 258), se o plano de recuperação judicial não for aprovado na assembleia-geral de credores, conforme previsto na Lei 11.101/2005, o juiz pode ele mesmo aprová-lo e o quarto requisito para a ocorrência desta aprovação do plano pelo juiz consta no parágrafo segundo do artigo 58 desta mesma Lei. “O juiz somente poderá aprovar o plano de recuperação se ele não oferecer tratamento diferenciado entre credores da classe que o houver rejeitado”.

Moreira (2005), continua explicando que, neste momento, tem-se o ponto de maior exigência e papel mais importante do juiz na recuperação judicial de empresas. Presume-se um tratamento diferenciado aos credores que discordam do plano apresentado.

Pode-se dizer que o plano de recuperação judicial de empresa não pode ter tratamento divergente entre os credores que integram a mesma classe, ou seja, o devedor não pode dispor de tratamento diferente em situações divergentes. Norma divergente do que é disposto no artigo 58, parágrafo segundo, da Lei 11.101/2005 (MUNHOZ, 2005).

Em outras palavras, o art. 58, § 1.º, acaba por criar um quorum alternativo para a aprovação do plano pela assembléia geral, além daquele previsto no art. 45. Alguns poderiam apontar, como diferença entre os dispositivos, o fato de que o juiz, no caso do art. 45, estaria obrigado a conceder a recuperação, ao passo que na hipótese regulada pelo § 1.º do art. 58 teria a discricionariedade de fazê-lo, desde que outros elementos formassem sua convicção no sentido da viabilidade da consecução dos objetivos da recuperação definidos no art. 47. Essa interpretação poderia fundar-se na expressão poderá, que é empregada pelo § 1.º do art. 58. Contudo, ante a falta de outros critérios definidos pela Lei para que o juiz possa aprovar ou rejeitar o plano, essa não parece constituir a melhor interpretação do § 1.º do art. 58. 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. (MUNHOZ, 2005, p. 286).

Conforme ilustra Ramos (2012), o juiz, além de todas as regras contidas nos artigos próximos ao 58, deve atentar sempre ao que é contido no parágrafo segundo do mesmo artigo. Sendo assim, na Lei de Recuperação Judicial, número 11.101/2005, mesmo que a assembleia-geral de credores não tenha aprovado o plano de recuperação judicial deste devedor, o mesmo poderá ser concedido pelo

juiz. Esta hipótese está presente no artigo 58, parágrafo primeiro, da mesma lei descrita.

Mesmo assim, pode-se perceber que o juiz não tem toda uma liberdade para conceder a recuperação judicial deste devedor, se o plano não for aprovado pelos credores. Os parágrafos do artigo 58 da Lei de Recuperação Judicial explicam que só poderá ser realizado se existir a aprovação por uma parcela destes credores, ou seja, se tiver tido uma quase aprovação dos credores que estão reunidos em assembleia (RAMOS, 2012).

O trâmite do processo de recuperação judicial é praticamente padrão para todos os casos, tornando-se assim quase uma atuação mecânica; em contraposição a isto se encontra o artigo 58 da Lei 11.101/2005 o qual disponibiliza e aceita a atuação do juiz. Existe, portanto, neste artigo, uma limitação ao juiz, sendo que o aceite do plano não implica tratamento diferenciado entre credores de uma mesma classe. Este exame ao tratamento diferenciado de uma mesma classe é concedido ao juiz, tornando-se muito pequena esta concessão (MOREIRA, 2005).

Segundo as descrições de Chagas (2020) em seu livro, o artigo 58 da Lei 11.101/2005, seus incisos e seus parágrafos, principalmente o segundo são extremamente importantes para o trâmite da recuperação judicial de empresas pois, quando existe a objeção desta recuperação judicial, o juiz irá convocar a assembleia-geral de credores e ela irá discutir a aprovação ou rejeição deste plano. Esta empresa será convolada em falência, pelo juiz, somente se for decidido pela assembleia-geral de credores o rejeite absolutório. Mas, caso ocorra o rejeite relativo, que o artigo 58 embasa tal argumento, aprovando o plano de recuperação judicial, o processo irá se encontrar pronto para receber a decisão que vai conceder a recuperação judicial desta empresa.

De acordo com o que ministra Penteado (2005, p. 127), o magistrado, se verificar que o plano não conta com a aprovação dos credores, este mesmo está proibido de conceder a recuperação judicial. Esta aprovação pode ser “tácita (art. 55), plena (art. 45) ou segundo os critérios deliberativos diferenciados previstos no art. 58, § 2.º”.

Conforme Pitombo (2007), pode sim o magistrado aprovar o plano se a assembleia-geral de credores não o aprovar. Considera-se aprovado desde que verificados o *quórum* e os critérios dispostos no artigo 58 da Lei 11.101/2005,

dependendo sempre da aprovação dos credores. Ainda, não poderá ser concedido se o disposto no parágrafo segundo deste artigo ocorrer.

4.4 Decisões contrárias ao *cram down* na jurisprudência

As decisões que tratam e dispõem sobre o mecanismo do *cram down* não são muito numerosas no nosso ordenamento jurídico, em virtude de ser pouco conhecida e, ainda, trazida através de um direito que não é na legislação brasileira, mas sim, a norte-americana.

O Desembargador Jorge André Pereira Gailhard, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgado do Agravo de Instrumento de número 70081591422, decidiu que a prática do mecanismo do *cram down* é injusto, o que resultou na seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO. FLEXIBILIZAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 58, § 1º, DA LEI Nº 11.101/2005. CASO CONCRETO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO E DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. INSTITUTO DA “*CRAM DOWN*”. APLICABILIDADE. I. Como é sabido, sob a ótica do instituto da *Cram Down*, o Magistrado está autorizado a impor o plano de recuperação judicial aos credores discordantes, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 58, § 1º, I, II e III, e § 2º, da Lei nº 11.101/2005. II. No caso concreto, em que pese não tenha havido o preenchimento de dois dos requisitos presentes no art. 58, § 1º, da Lei de Falências, é de ser mantida a decisão que aprovou o aditivo ao plano recuperacional. Hipótese em que se revela injusta e desarrazoada a convalidação da recuperação judicial em falência por conta da rejeição do voto de apenas dois credores, indo de encontro aos princípios da preservação e da função social da empresa, em contrariedade ao art. 47, da Lei nº 11.101/2005. Nesse sentido, destaca-se que os dois credores que compõem a classe dos créditos com garantia real detêm mais de 82,9% do valor total dos créditos votantes na Assembleia Geral de Credores. III. Outrossim, ao que se afere das razões recursais da instituição financeira, ora agravante, o voto contrário a aprovação do aditivo ao plano está fundamentado apenas no aumento do prazo de carência, em doze meses, ao passo que os efeitos resultantes da falência seriam devastadores, importando na demissão de inúmeros colaboradores das recuperandas. Portanto, como bem ressaltado na decisão, deve ser considerado abusivo o voto dos credores da classe II – créditos com garantia real e mitigado os requisitos do art. 58, da Lei nº 11.101/2005, sobrelevando a necessidade de preservação da empresa. Manutenção da decisão agravada. (RIO GRANDE DO SUL, 2019, <http://www.tjrs.jus.br>)

Nesse mesmo sentido, também já se posicionou a jurisprudência do Estado do Espírito Santo, conforme se extrai do voto proferido pelo Desembargador Dair José Bregunice de Oliveira, da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo,

no julgamento do Agravo de Instrumento de número 0092518-64.2010.8.08.0000, em 18/10/2011:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL QUE NÃO OBTVE APROVAÇÃO NA FORMA DO ART. 45, DA LEI N. 11.101/2005. OBEDIÊNCIA AO ESTABELECIDO PELO ART. 58, §1º, INC. I, II E III E §2º, DA LEI DE FALÊNCIAS E DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO PARS CONDITIO CREDITORUM. RECURSO DESPROVIDO. 1. - Aprovado o plano de recuperação judicial na forma estabelecida nos incisos I, II e III, do §1º, do art. 58, da lei n. 11.101/2005 e, ainda, não havendo tratamento desigual entre os credores pertencentes à mesma classe, o juiz poderá conceder a recuperação judicial da empresa devedora. 2. - Ainda que o agravante não possa se valer das opções de reversão do crédito apresentadas pela recuperanda, não houve violação ao princípio da igualdade entre os credores, haja vista que as condições previstas no plano de recuperação judicial foram impostas a todos os credores da classe II, indistintamente. 3. - Não se comprovando, a contento, a existência de vício na convocação ou realização da assembleia geral a ponto de invalidar a deliberação tomada pelos credores, a concessão da recuperação judicial é medida que se impõe. 4. - Recurso conhecido e desprovido. (ESPIRITO SANTO, 2011, <http://www.tjes.jus.br>)

A jurisprudência que segue foi proferida no Tribunal de Justiça de São Paulo no agravo de instrumento de número 2286879-31.2019.8.26.0000, pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Nela foi decidida pela determinação de falência da empresa, ao invés de optar pela concessão do mecanismo do *cram down*, consoante se vê:

Recuperação Judicial. Convoção em falência nos termos do art. 73, III, da Lei nº 11.101/2005. Maciça reprovação do plano na Classe III, de credores que representam mais de metade dos créditos presentes. Ausência dos requisitos para a aprovação por *cram down*, tampouco possibilidade de se declarar abusivo o voto das casas bancárias, por ausência de provas e porque a reprovação foi em coro. Falta de cumprimento dos requisitos – cumulativos - previstos nos incisos I e III do § 1º do art. 58 da Lei nº 11.101/2005. Quebra bem decretada. Recurso desprovido. (SÃO PAULO, 2020, <http://www.tjsp.jus.br>)

Para corroborar com as jurisprudências expostas, o relator e desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgou, em 25 de setembro de 2019, o Agravo de Instrumento de número 70081791758. Neste julgamento, o desembargador possibilita a concessão da recuperação judicial mediante o instituto do *cram down*, pois não foram atendidos os requisitos constantes no artigo 58 da Lei 11.101/2005, a qual regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do

empresário e da sociedade empresária. O julgando da Comarca de Canos, no Rio Grande do Sul, diz que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA. PLANO REJEITADO PELA ASSEMBLEIA DE CREDORES. CONVOLAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE APLICAÇÃO DO *CRAM DOWN*. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. ART. 58 DA LEI N.º 11.101/05. 1. No presente feito não se verifica qualquer vício na publicação dos editais para convocação dos credores a participarem da assembleia geral. Isto porque, de acordo com os documentos acostados aos autos, os editais foram publicados tanto no Jornal do Comércio do Estado, especializado na área empresarial, quanto no Diário da Justiça Eletrônico desta Corte, cuja divulgação atinge todo o território gaúcho, no qual estão situadas tanto a sede da empresa como de suas filiais. 2. Ademais, no caso dos autos cabe ao Judiciário aferir sobre a regularidade do processo decisório da Assembleia de Credores para a homologação do plano de recuperação judicial, se esta foi realizada de forma adequada e foram atendidos os *requisitos* legais necessários para tanto. Levando-se em consideração, ainda, a viabilidade econômica da empresa de cumprir o plano ajustado, ou mesmo se há a imposição de sacrifício maior aos credores, para só então proferir decisão concedendo ou não a recuperação judicial à empresa agravada. 3. Ainda, deve ser levado em consideração o princípio da preservação da empresa, insculpido no art. 47 da Lei 11.101/2005, o qual dispõe que 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 daquela, sua função social e o estímulo à atividade econômica. 4. A concessão da recuperação judicial com a aplicação do *Cram Down* deve atender, simultaneamente, aos *requisitos* previstos no art. 58, §1º, da Lei n.º 11.101/05. Compulsando os autos, denota-se que a classe que rejeitou a *aprovação* do plano de recuperação judicial, quirografários, não teve mais de 1/3 dos votos favoráveis. 5. Dessa forma, restam desatendidos os *requisitos* legais dispostos na norma precitada da LRF, o que já impossibilitara a concessão da recuperação judicial mediante o instituto do *cram down*, situação de fato reconhecida pela Magistrada a quo, cuja consequência é a convolação da recuperação em quebra, devido a rejeição do plano apresentado. Negado provimento ao agravo de instrumento.

Sendo assim, conforme demonstrado com as decisões apresentadas neste subcapítulo, pode-se concluir que o mecanismo *cram down* não é aceito, em grande parte das vezes, em virtude da ausência dos requisitos para a aprovação do mesmo, condicionando-o ao cumprimento do disposto no parágrafo primeiro da chamada Lei de Recuperação e de Falência.

5 CONCLUSÃO

Sabe-se que o objetivo maior de uma Recuperação Judicial é a preservação da empresa, visando à manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, sendo esses últimos detentores de deveres e obrigações desta empresa, com o poder de aprovar ou não o plano da Recuperação Judicial.

Sendo assim, quando o plano de recuperação judicial passar pela assembleia-geral de credores e não for aprovado por estes credores e o poder judiciário tiver que interferir, a decisão contrária à deliberação da assembleia-geral dos credores terá validade jurídica sim.

A nomenclatura abordada durante o presente trabalho de conclusão de curso, assim como a resposta da situação exposta, é conhecida como o instituto/mecanismo do *cram down*.

Ao longo deste trabalho de conclusão de curso, pode-se perceber e comprovar que o mecanismo do *cram down* é existente no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 58 da Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, a qual regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

No primeiro capítulo, abordam-se as atuações e quem são os atuantes do processo de recuperação judicial. Dentro deste trâmite, especifica-se quem são os credores e o administrador judicial, pessoas importantes para o andamento do processo de recuperação judicial das empresas. Segundamente, é apresentado o funcionamento do plano de recuperação judicial, o prazo, a aprovação pela assembleia-geral de credores, o que é abordado para a realização deste plano, dentre outras informações.

E ainda, ao fim do primeiro capítulo, foi dissertado se este plano for rejeitado ou aprovado pela assembleia-geral de credores, qual é o trâmite pertinente para o momento se este caso ocorra.

Já no segundo capítulo, é estudada a compreensão do mecanismo conhecido como *cram down*. São tratadas todas as considerações sobre esse mecanismo, o qual embasa este trabalho de conclusão. São dissertadas suas origens, instituto que é provindo do direito norte-americano e suas conceituações. Ao final do capítulo, o subtítulo relacionado ao *unfair discrimination* disserta acerca da vantagem que os

credores que são maioria detêm quanto aos credores em minoria, o que diverge do princípio da igualdade entre os credores.

Por último, o capítulo terceiro especificou o mecanismo do *cram down* na prática processual brasileira. Foi analisado o artigo 58, da Lei 11.101/2005, o qual é muito conhecido por ser o único artigo na lei brasileira que dispõe sobre o mecanismo do *cram down*. A intervenção do julgador, em outras palavras, o papel do magistrado no trâmite da recuperação judicial. E ainda, ao final foi analisado, exemplificado e desmistificado o parágrafo segundo do artigo 58, o qual dispõe que a recuperação judicial somente pode ser concedida com base no parágrafo primeiro deste mesmo artigo, e se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Mediante esta pesquisa monográfica, foi possível verificar a existência do instituto do *cram down* na legislação brasileira, bem como suas condições de aplicabilidade.

A nomenclatura, provinda do direito norte-americano com este nome, no Brasil, o mecanismo não é conhecido por *cram down*, mas sim pelo ato praticado que é especificado no artigo 58 da Lei 11.101/2005.

A maioria dos autores referenciados neste trabalho elencam o artigo 58 da Lei 11.101/05 como sendo a principal conexão da nossa legislação com o fato do magistrado poder determinar a recuperação judicial de empresas sem o total aceite dos credores presentes na sessão realizada e conceituada de assembleia-geral de credores.

A única disposição na legislação brasileira que prevê o ato do mecanismo/instituto do *cram down* corresponde à Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, mesmo que nessa Lei nem em nenhuma outra legislação brasileira conste esta mesma nomenclatura do *cram down*.

O mecanismo evita o fato de que credores extremamente poderosos consigam valer-se de seu alto conhecimento e sucessivamente de seu valor financeiro, sendo credores de valores altíssimos, tenham o poder da Lei para impor sua vontade perante os credores de valores menores. Tal ato se torna extremamente desvantajoso para os credores que veem o ato da recuperação judicial como sendo um “último suspiro” e chance de a empresa melhorar, assim como uma tentativa de reaver seu crédito.

Visto isso, conclui-se o presente trabalho de conclusão de curso, conduzindo a ideia de que o instituto/mecanismo do *cram down* seja existente sim na legislação brasileira e, em muitos casos, seja benéfico para a empresa e para os credores que buscam seu crédito junto a ela.

REFERÊNCIAS

- 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.
- ARAÚJO, José Francelino de. *Curso de falências e concordatas.* Porto Alegre: Sagra–Luzzatto, 1996.
- ARAÚJO, José Francelino de. *Comentários à lei de falências e recuperação de empresas.* São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- 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.
- BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Institui a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.
- CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito Especial Esquematizado.* 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- ESPIRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo (3. Câmara Cível). *Agravo de Instrumento Cível n. 0092518-64.2010.8.08.0000.* AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL QUE NÃO OBTVEU APROVAÇÃO NA FORMA DO ART. 45, DA LEI N. 11.101/2005. OBEDIÊNCIA AO ESTABELECIDO PELO ART. 58, §1º, INC. I, II E III E §2º, DA LEI DE FALÊNCIAS E DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO PARS CONDITIO CREDITORUM. RECURSO DESPROVIDO. [...] Agravante: Agro Brasil e Precatórios Fundo de Investimentos. Agravado: Isoalloys Industria e Comercio De Metais S/A. Relator: Des. Dair José Bregunze de Oliveira, 18 de outubro de 2011. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=024100925189&Justica=Comum&CFID=159909781&CFTOKEN=72056838. Acesso em: 09 maio 2020.
- GONÇALVES, M. G. V. P. R.; GONÇALVES, V. E. R. *Direito falimentar.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GUARDA, L. H; GUEDES, G. A. Controle Judicial da Legalidade dos Planos de Recuperação. *In: SILVEIRA, A. A.; BÁRIL, D; FERNANDES JUNIOR, J. M (coord). Recuperação Judicial de Empresas: temas atuais.* Porto Alegre: OAB/RS, 2018. p. 171-182.

LISBOA, M. B. *et al.* A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falência de Recuperação Judicial. *In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord). Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.* São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 31-60.

MARTINS, Roberto Monlleo. Abuso de voto de credores na recuperação judicial de empresas. *In: SILVEIRA, A. A.; BÁRIL, D; FERNANDES JUNIOR, J. M (coord). Recuperação Judicial de Empresas: temas atuais.* Porto Alegre: OAB/RS, 2018.p. 183-197.

MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários ao art. 5º, XXXVI. *In: CANOTILHO, J.J. et al. Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 368-374.

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. p. 245-274.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Do Procedimento de Recuperação Judicial.* *In: SOUZA JUNIOR, F. S.; PITOMBO, A. S. A. de M. (coord). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 269-313.

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

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná (17. Câmara Cível). *Agravo de Instrumento Cível n. 0047396-88.2019.8.16.0000.* AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LEI Nº 11.101/2005. DECISÃO AGRAVADA QUE HOMOLOGOU O PLANO. CRAM DOWN. ART. 58, §1º. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DE LEGALIDADE (STJ, RESP Nº 1.532.943/MT). QUESTIONAMENTO, PELA AGRAVANTE, DE CLÁUSULAS DO PLANO. TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE CREDORES DA MESMA CLASSE. [...] Aggravante: Banco do Brasil S/A. Aggravado: Passarini Comércio de Alimentos LTDA e outros. Relator: Des. Lauri Caetano da Silva, 12 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000011003241/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0047396-88.2019.8.16.0000#>. Acesso em: 20 nov. 2020.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.* *In: SOUZA JUNIOR, F. S.; PITOMBO, A. S. A. de M. (coord). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 55-143.

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

RIO DE JANEIRO. 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. Milton Fernandes de Souza, 13 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.10.0>. Acesso em: 09 maio 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (19. Câmara Cível). *Agravo de Instrumento Cível n. 0060211-41.2016.8.19.0000*. 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 [...] Agravante: Banco Santander (Brasil) S.A. Agravado: Life Imagem Diagnostico por Imagem Clinica Medica e Participações S.A. e outros Relator: Des. Guaraci de Campos Vianna, 14 de março de 2017. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10.0>. Acesso em: 22 out. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (5. Câmara Cível). *Agravo de Instrumento n. 70048398374*. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. "CRAM DOWN". PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. [...] Agravante: Towerbank International INC. Agravado: Brasfumo Industria Brasileira de Fumo S.A. Relatora: Desa. Isabel Dias Almeida, 27 de junho de 2012. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 18 nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (5. Câmara Cível). *Agravo de Instrumento n. 70081591422*. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO. FLEXIBILIZAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 58, § 1º, DA LEI Nº 11.101/2005. [...] Agravante: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. Agravado: AEB Estruturas Metalicas LTDA e AEB Taxi Aereo e Transportes Especiais LTDA. Relator: Des. Jorge André Pereira Gailhard, 18 de dezembro de 2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 18 nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (5. Câmara Cível). *Agravo de Instrumento n. 70081791758*. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA. PLANO REJEITADO PELA ASSEMBLEIA DE CREDORES. CONVOLAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE APLICAÇÃO DO CRAM DOWN. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. ART. 58 DA LEI N.º 11.101/05. [...] Agravante: Mobius Health S.A. e outros. Agravado: Mobius Health S.A - Em Recuperação Judicial e outros. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, 25 de setembro de 2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 20 nov. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (2. Câmara Reservada de Direito Empresarial). *Agravo de Instrumento Cível n. 2286879-31.2019.8.26.0000*. Recuperação Judicial. Convolação em falência nos termos do art. 73, III, da Lei nº 11.101/2005. Maciça reprovação do plano na Classe III, de credores que representam mais de metade dos créditos presentes [...]. Agravante: Contadina Alimentos LTDA. e Rivabene e João Rosticerrie. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Des. Araldo Telles, 09 de outubro de 2020. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=33002E807701866FE78A96A965FF9EAD.cjsg1>. Acesso em: 20 nov. 2020.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado do Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOUZA JUNIOR, F. S.; PITOMBO, A. S. A. de M. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 562-564.

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