

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
CAMPUS DE ERECHIM
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

YASMINN LUIZE ZAMPROGNA

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS: A (IM)POSSIBILIDADE DA
CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL VIA *CRAM DOWN***

ERECHIM

2018

YASMINN LUIZE ZAMPROGNA

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS: A (IM)POSSIBILIDADE DA
CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL VIA *CRAM DOWN***

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas da Universidade
Regional Integrada do Alto Uruguai e
das Missões – Campus de Erechim.**

**Orientadora: Prof.^a Esp. Alessandra
Regina Biasus**

ERECHIM

2018

YASMINN LUIZE ZAMPROGNA

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS: A (IM)POSSIBILIDADE DA
CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL VIA *CRAM DOWN***

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas da Universidade
Regional Integrada do Alto Uruguai e
das Missões – Campus de Erechim.**

Erechim, 30 de outubro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Esp. Alessandra Regina Biasus
URI – Campus de Erechim

Prof.^a Me. Simone Gasperin de Albuquerque
URI – Campus de Erechim

Prof.^o Me. José Plínio Rigotti
URI – Campus de Erechim

Dedico este trabalho aos meus queridos pais, que não medem esforços para que eu alcance meus sonhos, sempre estando ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que permanece ao meu lado em cada passo dado, me fortalecendo e me tornando um ser humano melhor, pois se não fosse por Ele, nada disso seria possível.

À minha família, que estiveram ao meu lado em cada passo dado em minha vida, priorizando meu futuro como foco em suas vidas, me apoiando e dando forças, sempre com muito amor e carinho.

Aos meus amigos, que estiveram comigo em todos os momentos dessa caminhada, me apoiando e compartilhando bons momentos.

À minha querida Professora, Especialista Alessandra Regina Biasus, por todo o carinho e cuidado ao longo dessa orientação, disponibilizando-se para que o presente trabalho fosse concluído com maestria.

Aos meus colegas e demais pessoas que de alguma forma participaram deste momento, em especial ao Advogado Felipe Provenzi Dias pelas explicações, minha mais profunda gratidão!

Todo mundo passa por tempos difíceis; é uma forma de medir sua determinação e dedicação a forma como você lida com eles e como você os supera.

(Lakshmi Mittal)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise da concessão da recuperação judicial via *cram down* de acordo com os requisitos do artigo 58 da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Para isso, é necessário e crucial o estudo do procedimento falimentar brasileiro, que surgiu com o Decreto-Lei nº 7.661/1945, com caráter concordatário, e atualmente tratado na Lei nº 11.101/2005. Importante ressaltar os poderes atribuídos ao juiz e à Assembleia Geral de Credores, bem como sua participação no plano de recuperação judicial e seus limites. O foco principal do trabalho trata-se do instituto do *Cram Down*, sua origem norte americana e sua aplicação pelo juiz quando presente os requisitos necessários e a viabilidade econômica de recuperação da empresa. Necessário demonstrar a necessidade de flexibilização da lei vigente, com o objetivo de conciliar os interesses particulares com privados, evitando a ineficácia judicial.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Recuperação de empresas. Crise da empresa. Assembleia Geral de Credores. *Cram Down*. Flexibilização do poder decisório do juiz.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the granting of judicial recovery via cram down in accordance with the requirements of article 58 of Law 11.101, of February 9, 2005. For this, it is necessary and crucial to study the Brazilian bankruptcy procedure, which came into being with Decree-Law Nº 7.661/1945, with concordant character, and currently dealt with in Law 11.101/2005. It is important to emphasize the powers attributed to the Judge and the General Meeting of Creditors, as well as their participation in the judicial recovery plan and its limits. The main focus of the work is the Cram Down institute, its North American origin and its application by the judge when it presents the necessary requirements and the economic feasibility of recovery of the company. It is necessary to demonstrate the need for flexibility in the current law, with the objective of reconciling private interests with private ones, avoiding judicial inefficiency.

Keywords: Business Law. Recovery of companies. Crisis of the company. General Meeting of Creditors. Cram Down. Flexibility of the decision-making power of the judge.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO FALIMENTAR	10
2.1 No Direito Romano	10
2.2 Na Idade Média	11
2.3 Código Napoleônico.....	12
2.4 No Brasil.....	12
2.5 Inovações da Lei 11.101/05 de 09 de fevereiro de 2005	15
3 PROCEDIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	18
3.1 Fase Postulatória	18
3.2 Fase Deliberativa.....	19
3.3 Fase de Execução	25
4 CRAM DOWN	27
4.1 <i>Cram Down</i> nos Estados Unidos da América.....	27
4.2 <i>Cram Down</i> da lei brasileira	28
4.3 A concessão da recuperação judicial via <i>Cram Down</i> de acordo com os requisitos do artigo 58 da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005	32
5 CONCLUSÃO	34
REFERÊNCIAS.....	36

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste no estudo do novo instituto de falência, dando ênfase no caso em que existe a supressão por parte do juiz da rejeição do plano de recuperação judicial em assembleia geral de credores, previsto no artigo 58, § 1º, da Lei nº 11.101/2005, comparado ao *cram down* Norte Americano.

O *Cram Down* é um instrumento jurídico norte americano que consiste na liberdade do juiz em aprovar um plano de recuperação judicial viável economicamente rejeitado por certa classe de credores, visando atender os princípios vinculados.

A nova lei de falências alterou completamente o cenário falencial antes vigente, visando o ressurgimento da empresa pela sua recuperação. O estudo é dividido em cinco capítulos, com as abordagens em ordem cronológica, iniciando por essa introdução.

No segundo capítulo são feitas introduções ao direito falimentar, apresentando aspectos históricos do direito falimentar romano, na idade média, Código Napoleônico e no Brasil, inserindo ainda as inovações trazidas pela Lei 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005.

No terceiro capítulo são abordados os procedimentos necessários para a verificação da viabilidade da recuperação judicial, sua fase postulatória, deliberativa e, por fim, a fase de execução.

No quarto capítulo é apresentado o procedimento do *Cram Down*, com sua conceituação, referenciando sua origem norte americana e existência na Lei Brasileira. Pela semelhança com o mecanismo norte-americano pode-se interpretar tal mecanismo judicial como um *cram down* no ordenamento jurídico do país.

No quinto e último capítulo abre-se o tema *cram down*, fazendo uma retrospectiva do conteúdo e discorrendo sobre a concessão da recuperação judicial de acordo com os requisitos do artigo 58 da lei 11.101, apresentando as conclusões obtidas com o estudo.

A metodologia utilizada foi de pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica contou com a consulta de doutrina em Direito Comercial e de Empresa, tanto nacional quanto internacional. A pesquisa documental consistiu em consulta à lei vigente de recuperação judicial e às leis de países estrangeiros, bem como o método analítico-descritivo.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO FALIMENTAR

Neste capítulo será feito um breve apanhado histórico do direito falimentar para que se tenha um melhor entendimento, abordando desde o Direito Romano, evidenciando o caráter pessoal da dívida, Idade Média, com o surgimento da execução coletiva, Código Napoleônico e até a legislação aplicada nos dias atuais.

2.1 No Direito Romano

De acordo com Ribeiro (2014), é na antiguidade romana que a doutrina extrai a origem dos regimes falimentares. Naquele tempo, a insolvência era punida com a morte real ou civil do devedor, que em alguns casos poderia ser considerado escravo do credor, em razão do não cumprimento das obrigações estipuladas.

Conforme Oliveira (2005), nesse momento histórico não se exigia a intervenção do Estado, pois todos problemas eram resolvidos pelas próprias mãos dos credores. A fase mais primitiva do Direito romano foi a do Direito Quiritário, época essa em que a pessoa do devedor era adjudicada ao credor e reduzida a cárcere privado. Assim, cita Ribeiro que:

Observa-se que nesta fase do direito romano a dívida atingia o corpo do devedor. Foi somente com a *Lex Praetoria Papiria* que tal enfoque foi modificado, uma vez que a vinculação passa a ter caráter patrimonial, vale dizer, o patrimônio do devedor é que responde pelas suas dívidas, sendo que as punições corporais são atenuadas, muito embora ainda se reconhecesse a possibilidade de sanções, como perda da cidadania romana, expulsão da cidade, perda de direitos civis, entre outras. (RIBEIRO, 2014, p. 491, grifo do autor).

Consoante Oliveira (2005), tal sistema perdurou até 428 a.C., e foi substituído com a promulgação da *Lex Poetelia Papiria*, que introduziu no Direito romano a execução do patrimônio do devedor. Posteriormente, com a *bonorum venditio* (que foi instituída pelo pretor Rútílio Rufo), o desapossamento dos bens do devedor era feito por determinação de um pretor, nomeando um curador (*curador bonorum*) para a administração dos bens.

Pontua Ribeiro (2014) que a atuação do pretor é conhecida como *missio in bona*, passando ele a ser a pessoa responsável pela escolha do credor que assumiria os bens ou providenciaria a sua venda para partilha. Tal credor é

chamado curador ou *magister*, origem do síndico, chamado atualmente de administrador judicial.

Nessa leva, “A partir da Lei das XII Tábuas se delinearam a execução singular e a execução coletiva, sendo essa fase de grande contribuição do Direito romano ao nosso instituto.” (OLIVEIRA, 2005, p. 28).

Destaca Ribeiro (2014), que é do direito romano que herdamos o *conditio creditorum*, que é a existência de um conjunto de regras de direito material e processual que trata da insolvência do devedor e do chamamento dos credores, para que possam estar em igualdade de condições e gozar de isonômicos critérios da partilha de bens existentes que não serão suficientes à satisfação integral de todos eles.

Explica Oliveira (2005) que a *Lex Iulia Bonorum* (737 a.C.) criou a *cessio bonorum*, que facultava ao devedor a cessão de seus bens ao credor que podia vendê-los separadamente. Estaria aí a semente da falência. A *cessio bonorum* foi criada pela *Lex Iulia*, a qual alguns autores consideram o embrião da falência.

2.2 Na Idade Média

A Idade Média teve como base o Direito Romano e Direito canônico, formando seu direito comum. Nesse momento histórico, o processo de execução se aperfeiçoou em decorrência do crescimento da autoridade estatal que procurou coibir os abusos de caráter privado, mas não aboliu a repressão penal, sendo este um traço característico do instituto falimentar daquela época. (OLIVEIRA, 2005).

Encontramos na Idade Média a iniciativa dos próprios credores que deu lugar à tutela especial. Tal tutela assume um papel especial, condicionado a atuação dos credores à disciplina jurídica. Nesse período existiu o procedimento de execução coletiva, com sérias e graves consequências para o devedor. Caso o devedor estivesse agindo de forma fraudulenta, poderia ser imposta a ele pena de infâmia cominada com penas de caráter vexatório. (OLIVEIRA, 2005).

Explica Ribeiro (2014) que a sistemática da Idade Média permaneceu usual até a edição do *Code de Commerce* de 1807, que foi inspirado na *Ordonnance* de Luís XIV, de 1673, não havendo qualquer indício de distinção entre devedores honestos e desonestos, tendo como regra a punição, pois o falido era considerado criminoso e sujeito a penas graves.

2.3 Código Napoleônico

Destaca Oliveira (2005) que nos tempos chamados de modernos tivemos um marco importante que foi a criação do Código Napoleônico. Pode-se afirmar também que novas ideias começaram a influenciar o Direito Falimentar, em razão das ideias individualistas e utilitaristas sobre a economia liberal.

No Brasil, as Ordenações Filipinas dispuseram a falência nos costumes da Idade Média. Foi apenas com o sistema imposto pela Codificação de 1850, regulamentado pelo Decreto 697 de 25 de novembro de 1850, que foi adotado o sistema do direito francês de Napoleão, no capítulo das quebras. (RIBEIRO, 2014).

Frisa Oliveira (2005) que Napoleão, criador do código citado, demonstrou, através deste, que não entendia as distinções que havia entre os falidos, achando que o falido deveria ser julgado independentemente de sua culpa ou dolo, com o pensamento de que a falência poderia ser usada para criar fortuna, sem fazer perder a honra. Dessa forma, tomou medidas para impedir que isso acontecesse, criando a pena de detenção com efeitos de correção. Nesse período foi feita a distinção entre devedores honestos e desonestos, concebendo benefícios da moratória aos que estavam de boa-fé. Nesse sentido, ensina Ribeiro que:

O critério determinador da falência ou quebra era o da cessação de pagamentos pelo devedor comerciante (Art 1º. Todo o comerciante que cessa os seus pagamentos, entende-se quebrado ou falido. Código Comercial de 1850). A cessação-impontualidade era o fator crucial, mesmo que o empresário dispusesse de fundos para honrar suas obrigações. Esse critério mantém-se nas legislações posteriores, inclusive na LRE." (RIBEIRO, 2014, p. 492).

Assim, ao longo dos anos "[...] foram surgindo novas leis, como as de 28.05.1838, 04.03.1889, 22.05.1955 e 10.07.1967, estabelecendo à falência um caráter econômico-social, até chegar nos dias atuais em que ela é reconhecida como uma instituição social." (OLIVEIRA, 2005, p. 30).

2.4 No Brasil

Sabe-se que o Direito Falimentar Brasileiro percorreu uma trajetória histórica, compreendendo cinco etapas, onde "[...] a primeira inicia-se à época do descobrimento do Brasil, em que as Ordenações Afonsinas regulavam, com um forte

conteúdo jurídico romano, as relações de solvência; no particular, a falência era como parte do Direito Criminal." (OLIVEIRA, 2005, p. 31).

O Brasil colônia de Portugal teve aplicação do Direito com base nas Ordenações do Reino, sendo a primeira Afonsina, mais tarde revisada por D. Manoel, passando a ter o nome de Ordenações Manoelinas, a qual continha princípios do direito romano. (OLIVEIRA, 2005).

O diploma jurídico da Ordenação (Manuelinas) previa que, ocorrendo a falência, o devedor seria preso até pagar o que devia aos credores. Por outro lado, levando em consideração a influência do Direito italiano, poderia o devedor ceder seus bens aos credores, evitando assim sua prisão. Caso o devedor se tornasse insolvente, este não poderia fazer nenhuma diligência, execução ou penhora. Se fosse condenado por sentença transitada em julgado era determinado, através das Ordenações, que executassem seus bens e, caso não os possuísse, mantê-lo-iam na prisão até que pagasse a quantia devida. (OLIVEIRA, 2005, p. 32).

Nesse contexto, Oliveira (2005) narra que em 1603 surgiram as Ordenações Filipinas, que abrangiam a Espanha e Portugal, submetidas ao Reino de Castela, e que tiveram maior influência no Brasil, devido ao desenvolvimento da Colônia e sua atividade econômica. Ressalta ainda que nessa ordenação ficou delineado o Direito Falimentar. Dessa forma, assim que decretada sentença transitada em julgado, o devedor tinha os bens executados e penhorados, e nos casos em que não houvesse bens, o devedor era recolhido em cárcere privado até que pagasse a dívida.

Para Oliveira (2005), na vigência das Ordenações Filipinas, inúmeros alvarás foram expedidos, sobressaindo-se o editado pelo Marquês de Pombal (alvará de 13.11.1756), o qual foi considerado o ponto de partida da instituição falimentar do direito público, pois além de regular a punição penal do crime falimentar, regulava a falência culposa e a inocente.

Ainda conforme Oliveira (2005), no período imperial, foi promulgado o Código Comercial, que dedicou uma parte às quebras, inaugurando a primeira fase histórica do instituto de falências brasileiro, que se estende até o advento republicano. Nesse momento histórico, não era prevista a concordata preventiva, restringindo-se à suspensiva, apenas acolhida em casos que o falido não tivesse culpa ou fraude ou quando já houvesse obtido esse benefício.

Nesse contexto histórico, Ribeiro (2014) data que em 24 de outubro de 1890, o Decreto 917 substituiu a menção à quebra pela impontualidade como fator a determinar a falência, dizendo que o comerciante, sem relevante razão de direito,

deixa de pagar no vencimento qualquer obrigação mercantil líquida e certa, entende-se falido. Tal termo permanece atual e encontrou acolhimento no artigo 94, I da LRE. Conforme Oliveira:

A Segunda fase histórica inicia-se com o Decreto nº917, de 24.10.1890, que via na falência não a caracterização de cessação de pagamentos, mas de impontualidade. Tal decreto continha defeitos, porém abriu novos horizontes ao Direito comercial pátrio. Instituíra como meio preventivo da decretação da falência: a) moratória; b) cessão de bens; e c) acordo preventivo. (OLIVEIRA, 2005, p. 35).

A Lei nº 2.024, de 17.12.1908 representou um significativo aperfeiçoamento nas interpretações jurídicas anteriores, sendo de autoria do mestre Carvalho de Mendonça e foi de grande importância para o desenvolvimento do Direito Falimentar brasileiro. Pela boa elaboração de seus preceitos, permaneceu por muito tempo como a Lei da República que disciplinava a falência. (OLIVEIRA, 2005).

Na data de 21.10.1943, um novo anteprojeto feito pela comissão composta pelo Ministro da Justiça Alexandre Marcondes Filho foi elaborado, se transformando no Decreto-lei nº 7.991 de 21.06.1945. (OLIVEIRA, 2005).

Ressalta-se ainda, conforme Oliveira (2005) que o Decreto-lei 7.661 de 21.06.1945, substituiu a Lei das Falências, apresentando inovações como a abolição da Assembleia de Credores, a concordata, que deixou de ser um contrato para ser um benefício concedido pelo Estado, através do juiz ao devedor honesto de boa fé. Sobre tal ponto, elenca Ribeiro que:

Após mais de cem anos de legislações comerciais pátrias, em 1945, inspirado no Projeto de Trajano de Miranda Valverde, surge o Decreto Lei 7.661. Nele, a falência ocupa papel de destaque, podendo ser desencadeada a partir da impontualidade ou da configuração de determinadas condutas que são consideradas indícios de insolvência. Nessa lei, a concordata era o instituto jurídico previsto para ser utilizado pelo empresário para recuperação da sua atividade. Nas formas preventiva ou suspensiva, a concordata possibilitava a remissão parcial das dívidas, a dilatação nos prazos de vencimentos ou ambos. Vale mencionar ainda, como característica depreciativa, que a concordata somente atingia uma categoria de crédito, aquela dos créditos quirografários, sem garantias. (RIBEIRO, 2014, p. 493).

O Decreto 7.661 ficou vigente até a edição da LRE, por ser considerado desatualizado em relação às necessidades econômicas e sociais, exigindo um esforço absurdo do Poder Judiciário para adaptá-lo frente às novas necessidades estabelecidas, principalmente em relação ao princípio da preservação da empresa,

que exerce importante função social. (RIBEIRO, 2014). Nessa alçada, dispõe Oliveira:

Um dos grandes defeitos da legislação até então vigente estava na morosidade, presente em todas as fases do processo falimentar em decorrência do grande acúmulo de trabalho do Poder Judiciário, responsável, em última análise, pela aplicação do formalismo de que se reveste o procedimento, além do fato de tal morosidade ainda poder ser útil ao devedor desonesto, uma vez que permitia, naturalmente, a incidência da prescrição da punibilidade de eventuais crimes falimentares que pudessem ter se configurado na prática. A LRE pretende inovar não apenas por tratar da recuperação judicial e extrajudicial da empresa, inclusive mediante estabelecimento de prazos para o desenvolvimento desses procedimentos. (OLIVEIRA, 2014, p. 493).

Assim, “Após longa tramitação, promulgou-se a Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que propõe a tratar das dificuldades da empresa não com a finalidade exclusiva de conduzi-la ao esvaziamento e cessação de suas atividades, mas para reorganizá-la.” (RIBEIRO, 2014, p. 493).

2.5 Inovações da Lei 11.101/05 de 09 de fevereiro de 2005

Conforme Oliveira (2005), antigamente, o processo de falência era uma forma de cobrança forçada aos estabelecimentos empresariais condenados diante de uma dificuldade financeira, que acabavam por sucumbir aos débitos. O resultado disso era um ativo insuficiente para gerir um processo judicial, uma massa de credores que tiravam o pouco que existia no patrimônio do falido e um empresário atormentado com os fatos. O autor ainda frisa que:

Até agora, as empresas conviveram com uma legislação ultrapassada, pois o Decreto-lei nº 7.661, aprovado em 1945, é fruto de uma época em que predominavam as empresas individuais ou falimentares. Decretada a falência e nomeado o síndico, a empresa deveria ser fechada e lacrada, como forma de proteger os interesses patrimoniais dos credores.” (OLIVEIRA, 2005, p. 20).

Diante disso, a nova Lei de Falência veio para redefinir o Direito Falimentar brasileiro, tendo como objetivo recuperar as empresas viáveis, visando sua permanência no mercado, evitando, dessa forma, a redução de empregos e o desaquecimento econômico. (OLIVEIRA, 2005).

A Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que determina o instituto da Recuperação da Empresa, constitui um processo judicial destinado a solucionar a crise econômico-financeira das empresas devedoras que demonstrem, pelo volume de seu passivo, mão-de-obra, tecnologia e importância social e econômica, terem viabilidade de recuperação. (OLIVEIRA, 2005). Conforme Ribeiro:

A LRE, depois de uma longa tramitação, foi promulgada e publicada trazendo como principal inovação o tratamento atribuído à sociedade empresária e ao empresário em dificuldade econômico-financeira, mas com possibilidade de recuperação, introduzindo os procedimentos de recuperação judicial e de recuperação extrajudicial das empresas. (RIBEIRO, 2014, p. 489).

A nova Lei, além de satisfazer os credores, apresenta proteção jurídica para o mercado, beneficiando a sociedade como um todo e consoante ao crescimento econômico do País. O princípio da preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica surgem para o bom funcionamento desse mecanismo. (RIBEIRO, 2014). Ainda nas palavras de Ribeiro:

A par dessa significativa mudança na lógica informativa da lei, outros princípios enunciados como parâmetros de análise já no projeto e em suas modificações: recuperação dos empresários recuperáveis e retirada do mercado dos empresários não recuperáveis; separação entre o conceito de empresa e empresário; celeridade e eficiência dos processos judiciais; maximização do valor dos ativos do falido; rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial, entre outros. (RIBEIRO, 2014, p. 489).

Dessa forma, o regime falimentar continua sendo destinado ao empresário insolvente sem possibilidade de recuperação, que tenderá à cessação da atividade, mas não necessariamente ao seu encerramento. Tendo em vista a distinção entre os conceitos de empresa e empresário, a Lei de Recuperação Empresarial se preocupa em manter a atividade empresarial, ainda que haja falência, permitindo-se a alienação da organização a outro empresário ou sociedade que continue a atividade de forma eficiente. (RIBEIRO, 2014).

Assim, a sociedade empresária em crise e outros interessados poderão optar pelo regime de recuperação judicial ou extrajudicial para tentar retomar o equilíbrio financeiro e econômico da empresa ou decretar sua falência, se a recuperação não se mostrar viável. (RIBEIRO, 2014).

Assim, seguindo a ordem cronológica, no próximo capítulo será abordado o procedimento da Recuperação Judicial, apresentando suas três fases e a importância do procedimento. Importante também ressaltar o momento do procedimento em que é introduzido o *Cram Down*.

3 PROCEDIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O processo de recuperação judicial se divide em três fases bem distintas, iniciando pela fase postulatória, onde a sociedade empresária em crise apresenta seu requerimento da recuperação judicial, começando pela petição inicial e se encerrando com o despacho judicial determinando a procedência do pedido postulado. (COELHO, 2013).

Na segunda fase, chamada deliberativa, após a verificação do crédito (artigo 7º até 20), é discutido e aprovado o plano de reorganização, iniciando-se pelo despacho favorável e conclui-se com a decisão concessiva do benefício. (COELHO, 2013).

Já na terceira e última fase, chamada de fase de execução, é fiscalizado o cumprimento do acordado, conforme o artigo 63. (COELHO, 2013). Nas palavras de Lobo:

A ação de recuperação judicial é constitutiva, porque cria nova situação jurídica para o devedor e os credores a elas sujeitos (art. 49), quer no plano do direito processual (art. 6º), quer no direito material (art.59), podendo afirmar-se, aliás, se diz em França, ser um autêntico "procedimento de sacrifício". (LOBO, 2012, p. 197).

3.1 Fase Postulatória

Na fase postulatória, se o pedido for instruído de forma adequada, a fase acaba se encerrando com dois atos, a petição inicial e o despacho que determina o processamento da recuperação. Nos casos em que em que o pedido não tiver observado a lei, pode arrastar-se o processo pelo período solicitado para apresentação de documentos ou por determinação do juiz, tendo como base a legislação processual civil. (COELHO, 2013).

Na petição inicial da recuperação judicial, o devedor deverá indicar o juiz a que é dirigida, o nome, qualificação, CPF-MF, residência e domicílio (se for pessoa física) e razão social (em casos de sociedade empresária), CNPJ, sede, fatos e fundamentos jurídicos do pedido, o pedido com suas especificações, valor da causa e as provas para demonstrar a viabilidade da recuperação judicial. (LOBO, 2012).

Na maioria dos casos, o devedor só tem a se beneficiar com a celeridade da fase postulatória, porém, em casos em que o juiz constate a procrastinação do feito,

poderá fixar prazo para peremptório para instrução do pedido, advertindo-o de que decretará a falência em caso de descumprimento. (COELHO, 2013). De acordo com Lobo:

Se a petição inicial preencher os requisitos do art. 282 do CPC, e estiver instruída com os documentos essenciais especificados no art. 51 da LRE, conforme exposto nos comentários ao art. 51, itens 2.1 a 2.5, o juiz proferirá despacho de processamento da recuperação (art.52, caput); caso contrário, mandará que o devedor “a emende ou a complete” (CPC, art. 284) ou a instrua com os documentos essenciais que faltarem, especificados no art. 51, sob pena de indeferimento da petição inicial (CPC, art. 284, parágrafo único).” (LOBO, 2012, p. 52).

Importante ressaltar que o Ministério Público não participa na fase postulatória. Prevê a lei que apenas será intimado por determinação judicial para determinar o processamento do pedido ou decretar a falência do requerente. (COELHO, 2013).

Para o processamento da recuperação judicial, é necessário que a petição inicial venha instruída com elementos e documentos que comprovem o atendimento aos requisitos de acesso ao benefício. (COELHO, 2013).

A distribuição do pedido, por si só, produz o efeito de sustar a tramitação dos pedidos de falência contra o devedor, porém, quando a intenção é unicamente retardar o cumprimento das obrigações passivas, a previsão legal da suspensão do pedido de falência pelo simples ajuizamento da recuperação judicial configura fraude. (COELHO, 2013).

Dessa forma, se a sociedade devedora em estado crítico não tem em mãos os documentos e elementos necessários à regularização de seu pedido de recuperação judicial, ela pode requerer ao juiz prazo para complementação. (COELHO, 2013).

3.2 Fase deliberativa

A fase de deliberação do processo de recuperação judicial inicia-se com o despacho de processamento. Nessa fase, o objetivo é a votação do plano de recuperação, sendo necessário a verificação dos créditos. COELHO (2013).

No despacho de processamento da ação, o juiz nomeará o administrador judicial (art. 52, I), devendo o profissional ser idôneo, preferencialmente advogado,

economista, administrador de empresas, contador ou pessoa jurídica especializada. (LOBO, 2012).

Além disso, como é ponderado por Coelho (2013), se faz necessário proceder-se a verificação dos créditos, com objetivo mais restrito que na falência, tendo como finalidade a legitimação para participar da Assembleia de Credores. Tal verificação é feita por meio do administrador judicial, e segue o mesmo procedimento da falência.

Frisa-se que “Tal como na falência, na recuperação judicial é necessário proceder-se à verificação dos créditos. A função do procedimento, porém, limita-se à legitimação dos integrantes da Assembleia dos Credores e ao peso proporcional de seus votos.” (COELHO, 2013, p. 436).

Ressalta-se, segundo Coelho (2013) que o despacho que determina o processamento da recuperação judicial não se confunde com o inicial, pois esse último limita-se a determinar a autuação do processo e/ou a emenda da petição. Enquanto aquele reconhece a legitimidade da requerente para o pedido e a regularidade da instrução da petição inicial.

Ainda conforme Coelho (2013), importante não confundir o despacho que determina o processamento da recuperação judicial com a decisão concessiva do benefício, que apenas será proferida depois da conclusão da fase deliberativa, se confirmada a viabilidade da recuperação da empresa em crise. Já a outra, mesmo produzindo efeito suspensivo, inaugura a fase deliberativa com a constituição dos órgãos específicos da recuperação judicial. Sobre tal ponto, o autor ainda destaca que:

É temporária a suspensão das ações e execuções em virtude do despacho que manda processar o pedido de recuperação judicial. Cessa esse efeito quando verificado o primeiro dos seguintes fatos: aprovação do plano de recuperação ou decurso do prazo de 180 dias. Desse modo, em tese, tanto a sociedade devedora que impetrou a recuperação judicial com seus credores tem todo o interesse em agilizar a tramitação do processo. Do lado da devedora, apenas se ela obtiver a votação do plano de recuperação pela Assembleia dos Credores no prazo de 180 dias, conseguirá alcançar o objetivo pretendido com a medida da recuperação judicial. Do lado dos credores, se retardarem injustificadamente a apreciação do plano, expõem-se ao risco de nada receberem em razão da provável falência da requerente, em razão do prosseguimento dos pedidos que se encontravam suspensos. (COELHO, 2013, p. 52).

Com o despacho de processamento da recuperação judicial, nomeia-se o administrador judicial, ocorre a dispensa do requerente da exibição de certidões negativas para o exercício de suas atividades econômicas, exceto em casos de contrato com o Poder Público ou outorga de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, a suspensão das ações e execuções contra o devedor, a determinação de apresentação de contas demonstrativas mensais, intimação do Ministério Público e comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que a requerente estiver estabelecida. (COELHO, 2013).

Salienta Coelho (2013), que ações cíveis ou trabalhistas contra o requerente da recuperação judicial, que demandam quantias ilíquidas, continuam a tramitar, como é o caso de reclamações trabalhistas e execuções fiscais.

Com a decisão, será feita a publicação de edital na imprensa oficial, contendo o resumo do pedido, relação de credores, despacho de processamento e os prazos processuais de interesse dos credores. (COELHO, 2013).

Ainda, segundo Coelho (2013), após o despacho que manda processar a recuperação judicial, não é possível requerer a desistência do benefício sem a autorização da maioria dos credores reunidos em Assembleia, pois a instância deliberativa competente para isso é o plenário.

A peça mais importante do processo de recuperação judicial é o plano de organização empresarial. Os objetivos associados ao instituto, como a preservação da atividade econômica e o cumprimento da função social dependem exclusivamente dele para serem realizados. Caso o plano seja consistente, existe a possibilidade da empresa se reestruturar da crise, dessa forma, todo o sacrifício imposto aos credores terá valido a pena. Porém, caso o plano aparentar ser inconsistente, será considerado apenas cumprimento de formalidades processuais, desvalorizando o instituto. (COELHO, 2013).

Ainda, ressalta Coelho (2013), que o plano de recuperação deve indicar os meios pelos quais o devedor deverá superar as dificuldades que enfrenta. A consistência do plano está diretamente relacionada ao adequado diagnóstico das razões da crise e sua natureza, seja ela econômica, financeira ou patrimonial e aos meios escolhidos para solucionar.

Com relação aos encargos da beneficiária, a lei estabeleceu quatro tocantes, o primeiro, estabelecendo que os empregados com direitos vencidos na data da apresentação do pedido de recuperação judicial devem ser pagos no prazo máximo

de 1 (um) ano, quitando os salários em atraso em até 30 dias. O segundo, estabelece a lei a possibilidade de parcelamento do crédito fiscal na forma autorizada pelo Código Tributário Nacional. Ainda, o terceiro dispõe que se o plano prevê a alienação de bens onerados, hipotecados ou empenhados, a supressão ou substituição da garantia real depende da expressa aprovação do credor que a titulariza. Já o quarto quesito explica que nos créditos em moeda estrangeira, sua conversão para moeda nacional depende de expressa concordância do titular do crédito, pois se o credor de obrigação contratada em moeda estrangeira não assentir, o plano de recuperação judicial não poderá prever sua conversão em moeda nacional por critério diverso do contratado. (COELHO, 2013).

O prazo para elaboração do plano de recuperação judicial é de 60 dias, contados da publicação do despacho de deferimento do processamento, devendo abordar a discriminação dos meios de recuperação e a demonstração da viabilidade econômica. Além disso, é necessário acompanhar dois laudos subscritos por contador ou empresa especializada, laudo patrimonial e econômico-financeiro. (COELHO, 2013).

O laudo patrimonial diz respeito aos bens do devedor que compõem o ativo indicado no balanço levantado especificamente para a ocasião, abrangendo bens móveis, imóveis e direitos suscetíveis de apropriação contábil ou alienação. Já o laudo econômico-financeiro é pertinente ao potencial de geração de negócios da empresa em crise. (COELHO, 2013). Conforme estabelece Lobo:

O art. 53, inspirado no Capítulo 11, Seção 1.121, do Código de Bancarrota dos EUA, de 1978, exige, sob pena de decretação de falência, que o devedor, no prazo improrrogável de sessenta dias, contado do deferimento da petição inicial, apresente em juízo, o plano de recuperação (art. 53, caput), com a finalidade de demonstrar a “sua viabilidade econômica” (art. 53, II) e financeira (art. 47), devendo dele constar “discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados a seu resumo” (art. 53, I), instruído com “laudo econômico-financeiro e de avaliação de bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada” (art. 53, III). (LOBO, 2012, p. 206).

Afirma Coelho (2013), que planos alternativos podem ser elaborados por qualquer credor para serem apresentados na objeção ou diretamente na Assembleia dos Credores. É legítimo também ao Comitê apresentar à Assembleia plano alternativo de recuperação judicial. Ainda, conforme Lobo:

A finalidade da norma do art. 53 é provar, aos credores e ao juízo, que o valor da empresa em funcionamento não só é superior ao que seria obtido caso se decidisse liquidá-la, como, por igual, que a sua continuidade melhor atende aos múltiplos interesses envolvidos, v.g., dos empregados, dos credores, dos consumidores e da coletividade. (LOBO, 2012, p. 207).

Pela lei brasileira, os juízes não poderiam deixar de homologar planos aprovados pela Assembleia dos Credores, quando alcançado o quórum qualificado da lei. Porém, para evitar a desmoralização do instituto, provando-se inconsistente o plano principal, poderá o juiz deixar de homologá-lo e incumbir o administrador judicial de procurar construir com o devedor e os credores um plano alternativo. (COELHO, 2013).

Após a apresentação em juízo do plano de recuperação judicial, é publicado o edital para conhecimento dos credores. No prazo fixado pelo juiz, qualquer credor pode apresentar objeção ao plano elaborado. Sendo assim, o juiz deve convocar a Assembleia dos Credores para discutir e votar o plano de recuperação judicial da devedora, planos alternativos e objeções. (COELHO, 2013).

No plano de recuperação da empresa, a lei não prevê oportunidade de manifestação do administrador judicial sobre o plano apresentado. Convém que o administrador se mantenha neutro acerca do mérito que vai ser objeto da deliberação. Tal imparcialidade é garantia não só para o devedor, como para todo conjunto de credores. (COELHO, 2013).

Após a juntada da ata da Assembleia dos Credores aprovando o plano, o devedor deverá apresentar certidões negativas de débitos tributários. (COELHO, 2013). Ainda, dita o autor que:

O prazo do devedor para cumprir o art. 57 da LF é de cinco dias (CPC, art. 185; LF, art. 189). Decorrido esse prazo, os autos devem ser promovidos à conclusão, para que o juiz tome uma das seguintes decisões: caso tenham sido juntadas as certidões negativas de débitos tributários, ele deve conceder a recuperação judicial; caso contrário, como diz o Código Tributário Nacional que a “concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos” (art. 191-A), o juiz deve simplesmente indeferir o pedido. Com o indeferimento da recuperação judicial, deixa de produzir seus efeitos o despacho de processamento anteriormente exarado quer dizer, as ações, execuções e pedidos de falência que se encontravam suspensos voltam a correr normalmente. (COELHO, 2013, p. 231).

Sendo o plano de reorganização aprovado pelos credores reunidos em Assembleia, com atendimento do quórum de deliberação estabelecido no art. 45, o

juiz deverá aprovar a recuperação judicial ou decreta falência do requerente do benefício. (COELHO, 2013). De acordo com Tomazette:

Não havendo objeção, o plano será tido como aprovado tacitamente pelos credores. Havendo objeção, deverá ser convocada uma assembleia geral de credores para deliberar sobre a aprovação ou não do plano (Lei nº 11.101/2005- art. 56). Tal assembleia dos credores será responsável pela aprovação ou desaprovação do plano de recuperação, em decisão, a princípio, soberana. Terão direito de voto na assembleia os credores sujeitos à recuperação, cujas condições de seus créditos sejam alteradas no plano de recuperação judicial. (TOMAZETTE, 2017, p. 287).

Importante ressaltar, segundo Coelho (2013), a hipótese em que um plano de recuperação judicial é aprovado com substancial apoio dos credores, porém sem o quórum qualificado para deliberação.

Trata-se do plano que recebeu cumulativamente na Assembleia o voto favorável de mais da metade do total dos créditos presentes, a aprovação pela maioria das classes, aprovação de mais de um terço dos votos no âmbito da instância classista que o rejeitara. Em casos assim, se o plano não contiver tratamento diferenciado dos credores da classe em que foi rejeitado, poderá ser adotado, mesmo sem o quórum qualificado para a aprovação. (COELHO, 2013).

No direito brasileiro, procedimento de recuperação judicial visa criar um ambiente favorável entre o devedor e seus credores. O ato do procedimento que se percebe o objetivo da ambientação favorável ao acordo é a assembleia de credores. A deliberação assemblear pode não ser alterada ou questionada pelo Poder Judiciário, apenas em casos excepcionais, como explica o art. 58 §1º, ou a demonstração do abuso de direitos de credor em condições formais de rejeitar o plano sem fundamentos. (COELHO, 2013).

Conforme Coelho (2013), todos os credores anteriores ao pedido de recuperação judicial estão sujeitos aos efeitos do mesmo, aprovado em juízo, mesmo os que haviam se oposto ao plano e votado por sua rejeição deverão se submeter ao decidido judicialmente conforme a maioria dos credores, sem possibilidade de outras alternativas. Por exemplo, em casos que é prevista a substituição de determinada garantia real por outra de menor valor, o credor atingido simplesmente não poderá se opor ao mérito da medida, por mais que seus interesses pessoais sejam injustamente sacrificados. Estabelece o autor que:

Convém aqui, recordar as hipóteses de credores não sujeitos à recuperação judicial em termos absolutos. São duas. A primeira é a do banco que antecipou ao exportador recursos monetários com base num contrato de câmbio. Se o exportador impetra recuperação judicial, esse processo simplesmente não produz qualquer efeito em relação ao crédito desse banco. A segunda hipótese é a do proprietário fiduciário, o arrendador mercantil e o proprietário vendedor, promitente vendedor ou vendedor com reserva de domínio, quando do respectivo contrato (alienação fiduciária em garantia, leasing, venda e compra, compromisso de venda e compra ou venda com reserva de domínio) consta cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade. Tais credores não são atingidos pelos efeitos da recuperação judicial. Poderão eles exercer seus direitos reais e contratuais nos termos da legislação específica, sem que a recuperação judicial os atinja minimamente. Por essa razão, inclusive, não se devem considerar esses credores como legitimados à Assembleia, nem cabe computar o valor dos seus créditos nos quóruns de instalação e deliberação. (COELHO, 2013, p. 236-237).

Concedida a recuperação judicial, por homologação em juízo do plano aprovado com apoio do quórum qualificado de deliberação em Assembleia ou pela aprovação do juízo de parcela substancial dos credores, encerra-se a fase de deliberação e tem início a fase de execução. (COELHO, 2013). Nessa linha, segue o autor:

A decisão concessiva da recuperação judicial é título executivo judicial. Desse modo, se no plano de recuperação é, por exemplo, previsto que o credor Carlos será pago em 6 meses da concessão do benefício, vencido esse prazo, caberá àquele credor mover a cobrança executiva contra o empresário em recuperação. Instruirá a execução com o plano de recuperação, por ser este título executivo judicial apto a promovê-la. (COELHO, 2013, p. 237).

Caso o plano aprovado pela Assembleia estabelecer como medida destinada à reorganização da empresa em crise, a venda de filial ou unidade produtiva isolada, determina a lei que isso se realize na mesma maneira prevista para a realização ordinária do ativo de falidos. (COELHO, 2013).

3.3 Fase de Execução

Vê-se que, “Durante a derradeira fase do processo de recuperação judicial (a de execução), dá-se cumprimento ao plano de recuperação aprovado em juízo.” (COELHO, 2013, p. 241).

Nos dois anos seguintes à concessão da recuperação judicial, caso o devedor não cumprir com as obrigações estabelecidas previstas no plano aprovado, o credor

deverá requerer a convolação desse processo em falência. Após esse prazo, abre-se ao credor a possibilidade de pleitear a execução específica das obrigações do plano. (COELHO, 2013). Consoante Lobo:

Esgotado o prazo de dois anos fixado no art. 61, caput, se o devedor houver cumprido as obrigações assumidas no plano vencidas nesse período, o juiz decretará, por sentença, encerrado o processo de recuperação judicial e determinará: a) que o administrador judicial preste contas, no prazo de trinta dias (art. 63, I); b) o pagamento do saldo dos honorários do administrador, se aprovadas as suas contas e também o relatório circunstanciado (art. 63, I) c) a apuração e recolhimento do saldo das custas judiciais (art. 63, II); d) a dissolução do comitê de credores, se houver, e o encerramento das atividades do administrador (art. 63, IV); e) a expedição de ofício ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividade Afins, comunicando o fim da recuperação judicial, para cancelamento da anotação a que se refere o art. 69, parágrafo único (art. 63, V). (LOBO, 2012, p. 238).

Se for decretada a falência do devedor, opera-se a cláusula resolutiva tácita. Reconstituem-se todos os direitos dos credores alterados, novados ou renegociados pelo plano. (COELHO, 2013).

A fase de execução pode encerrar-se de duas formas, com o cumprimento do plano de recuperação no prazo de até dois anos, sendo, nesse caso, o juiz acaba proferindo sentença de encerramento, determinando a quitação dos honorários do administrador judicial e das custas remanescentes, apresentação de relatório em 15 dias, dissolução de órgãos auxiliares da recuperação judicial e comunicação à Junta Comercial do término do processo. Já a segunda possibilidade acontece com o pedido de desistência da devedora beneficiada, que poderá ser apresentada e está sujeita à aprovação da Assembleia Geral de Credores. (COELHO, 2013).

No próximo capítulo será abordado o *Cram Down* e sua aplicação na Recuperação Judicial da Lei 11.101, de 05 de fevereiro de 2005, bem como um breve estudo histórico sobre o tema.

4 CRAM DOWN

Nesse capítulo será abordado as questões que envolvem o *cram down* na recuperação judicial, visando um estudo mais aprofundado do tema, apresentado o *cram down* no direito norte americano e argentino, bem como na legislação brasileira.

Para adquirir conhecimento sobre o tema é necessário o estudo de termos utilizados, sendo de suma importância determinar o papel do juiz na rejeição do plano de recuperação judicial ao constatar a viabilidade econômica da recuperação.

Além disso, é através desse estudo contemplando o tema que podemos analisar com mais cautela o mecanismo da recuperação judicial e seu trâmite quando não aprovado pelo quórum necessário.

4.1 Cram Down nos Estados Unidos da América

Os Estados Unidos da América foram os criadores do procedimento de recuperação de empresas após a edição da “Lei de Companhias Ferroviárias” em 1867, que determinou as medidas preventivas à liquidação de empresas, através da reorganização empresarial e composição das dívidas, benefício que a partir de 1898 tomou proporções inimagináveis, por meio do *Bankruptcy Act*.9. (FÁZZIO JÚNIOR, 2005).

Uma das consequências da famosa crise de 1929 foi a promulgação do *Chandler Act* em 1938, que visou a reestruturação de sociedades com planos de recuperação formulados pelos credores e aprovados pela *Securities and Exchange Commission (SEC)* e homologados no judiciário. A lei aplicava-se à sociedade anônima insolvente que se submetia ao processo da *corporate reorganization*, com intuito de sua reorganização econômica e administrativa para superação da crise. (SOUZA, 2012). De acordo com Guimarães:

O instituto, como o nome indica, só se aplica às sociedades anônimas. Não se trata de um procedimento substitutivo da concordata, ao arbítrio do devedor, mas de uma solução aplicável apenas nas hipóteses em que a simples concordata (*arrangement proceeding*) se revela uma medida insuficiente para conjurar a crise empresarial. Por isso mesmo, no pedido inicial de *corporate reorganization*, a companhia deve demonstrar por que a concordata não se aplica ao seu caso. (GUIMARÃES, 2007, p. 110-111).

O *Chandler Act* mencionado acima vigorou até outubro de 1978, quando o *New Bankruptcy Code* ou *US Code (USC)* passou a reger tais procedimentos concursais. A lei atribuiu duas modalidades concursais, a *bankruptcy liquidation*, prevista no Capítulo 7 do *New Bankruptcy Code*, correspondente à falência no Direito brasileiro e a *bankruptcy reorganization* ou *rehabilitation*, inserida nos Capítulos 11, 12 e 13 do *Bankruptcy Code*, similarmente correspondente ao sistema de recuperação de empresas brasileiro. (SOUZA, 2012).

A *bankruptcy reorganization* é de iniciativa do devedor ou de terceiro, e tem como característica marcante a elaboração e aprovação de um plano de recuperação judicial da empresa, feito pelo síndico e eleito pelos credores, contendo alguns detalhes. (SOUZA, 2012).

Nesse contexto, conforme Simionato (2008), no direito falimentar norte americano existe a figura do *cram down*, que trata-se de um instrumento legal utilizado pelo juiz para outorgar aos membros de uma classe de credores a observância do plano, desde que seja razoável. O autor dispõe que:

Em sede falimentar nos EUA, o magistrado tem uma função decisiva, conhece profundamente as lides concursais, seus interesses, tem ampla formação na área, e dignifica, por completo, a função do judiciário mais enfático e determinante que temos no mundo ocidental. O ordenamento jurídico falimentar americano deveria ser, ao lado da Lei francesa, paradigma e modelo de aplicação na prática jurisdicional brasileira. O Corporate Code estabelece, ainda, regras severas sobre o falido fraudulento, sejam civis, penais e administrativas. (SIMIONATO, 2008, p. 124).

O poder judiciário, tratando-se de matéria falimentar, precisa estar atento para aplicar a nova Lei conforme os parâmetros de justiça e equidade, princípio considerado clássico no direito inglês (*equity*). Tal princípio, no direito inglês absorveu a matéria de falência (*bankruptcy law*), quando deu prioridade para a organização da liquidação coletiva do patrimônio. (SIMIONATO, 2008).

4.2 Cram Down da lei brasileira

O plano de recuperação da empresa determina a reorganização da empresa em função das possibilidades e modalidades das atividades da empresa, do estado do mercado e dos meios de financiamento disponíveis, ainda, expondo as perspectivas de empregos e as condições sociais consideradas na continuação da

empresa. Nos casos em que o plano prevê a dispensa de empregados, cabe ao administrador judicial definir as ações necessárias para facilitar a classificação e as indenizações devidas. (SIMIONATO, 2008).

O administrador judicial tem ampla competência para desempenhar suas funções na recuperação judicial e na falência. No plano de recuperação, compete ao administrador judicial informar a viabilidade da empresa, sua situação financeira e a possibilidade de reorganização, opinando pela concessão ou não da recuperação judicial. Nisso, é dado um prazo de cento e oitenta dias para suspensão das ações, chamado de período de observação, no qual o devedor fica sob observação do juiz, do administrador e de seus credores, apresentando nesse prazo os motivos para decretar falência ou entrar em recuperação judicial. Trata-se de um tempo necessário para detectar ou não a viabilidade da empresa. (SIMIONATO, 2008).

O termo *curatore* surgiu no âmbito falimentar no direito medieval italiano, estabelecendo a figura do *curatore* (síndico) para representar o interesse de todos os credores diante do mesmo devedor sobre a massa falida, com a finalidade de liquidar este patrimônio. (SIMIONATO, 2008).

O administrador judicial deve sempre visar pelo interesse da empresa em si, não no interesse dos credores ou do devedor, desaparecendo, dessa forma, a função do *curatore*. Deve, dessa forma, buscar os fins sociais da norma, como a preservação dos empregos, função social da empresa, proteção social em nível regional ou nacional e a defesa do crédito. (SIMIONATO, 2008).

Para Simionato (2008), é a assembleia geral que discorre sobre a constituição do Comitê de Credores, a seleção de seus membros e sua substituição. Cita o autor:

O Comitê, portanto, é o passo que o legislador brasileiro deu na direção do voluntarismo dos credores, passo este que se torna completo com a disciplina normativa da assembleia geral de credores, que estudaremos ainda no decorrer desta obra. A referida assembleia geral de credores nada mais é do que uma “grande concordata”, o que demonstra o caminho desavisado que o legislador seguiu, não levando em consideração a doutrina do direito falimentar comparado, notadamente o francês e o americano, que primam pelo reforço dos poderes jurisdicionais na condução da recuperação. Esta sistemática poderá ocasionar a inviabilidade de fato da recuperação, até porque entrega o devedor, já depauperado, diante dos credores, fazendo do plano de recuperação judicial previsto na nova Lei uma forma sofisticada de “recuperação de crédito”, e não a recuperação da atividade empresarial, e até parecer que o legislador, talvez, tenha sido contaminado por este matiz financista e fruto das pressões das grandes instituições financeiras na redação da nova Lei. (SIMIONATO, 2008, p. 88-89).

Importante discorrer acerca do que a legislação falimentar da Argentina determinou sobre a forma de recuperação de empresas em crise. (SIMIONATO, 2008).

A antiga Lei, 24.522, art. 48, não contemplava o mecanismo do *cram down*, apenas era resolvida de forma concordatária para solver o passivo presente, com transferência de controle, sem sucessão nas dívidas. (SIMIONATO, 2008). Elenca Simionato que:

O art. 48 da referida Lei procurou equacionar os interesses dos credores, nada mais. Assim, em caso de sociedades limitadas e por ações, as quais o Estado seja sócio, com exclusão de bancos, seguradoras e instituto previdenciários, vencido o prazo de exclusividade, sem que o devedor obtenha as conformidades necessárias para o acordo preventivo, não se decretará a falência, salvo se: I) aberta a possibilidade para os credores ou terceiros interessados na aquisição da empresa, mediante a alienação de quotas ou ações representativas do capital social (neste caso, descontados os créditos devidos, o valor da empresa será fixado judicialmente); II) nos vinte dias seguintes, os interessados deverão obter as conformidades dos credores verificados; III) conseguindo o acordo, o adquirente da empresa deverá informar ao juízo para que este proceda a sua homologação, quando deverá depositar o equivalente a vinte por cento do valor da oferta como garantia da proposta IV) se não for apresentado acordo por terceiros, ou se recusado, deve ser declarada a falência. (SIMIONATO, 2008, p. 89-90).

A natureza jurídica imposta pela Lei de Falimentar argentina de 1995 e suas alterações sempre tiveram caráter concordatário, via maioria dos credores. A lei argentina buscou satisfazer o interesse dos credores, notadamente, de instituições financeiras. O instrumento da legislação argentina determinava a transferência do controle como acordo entre credor e devedor, não apresentando um plano razoável. Dessa forma, foi discutida a inconstitucionalidade do *cram down*. (SIMIONATO, 2008).

Nesse contexto, a legislação francesa de recuperação judicial de empresas em crise já determinava que o administrador era encarregado de apresentar um relatório com o balanço econômico e social da empresa, juntamente com o devedor e com assistência de profissionais. Nesse balanço, o administrador judicial propõe que seja um plano de recuperação judicial ou liquidação judicial da empresa. (SIMIONATO, 2008).

A Lei 24.522/95 passou por transformações em 2002, com a Lei 25.563, deixando prejudicada a disciplina do *cram down* no país, ao colocar fim ao artigo 48

da Lei 24.522/95, que é similar ao artigo 58 da Lei 11.101/05 no direito brasileiro. (SIMIONATO, 2008). Disserta Simionato:

A Lei 25.563 foi declarada “de emergência produtiva e creditícia”, em razão dos gravíssimos acontecimentos econômicos decorrentes do fracasso da política macroeconômica argentina. A reforma pretendeu aumentar os poderes do magistrado na condução dos processos concursais, com feição publicística. (SIMIONATO, 2008, p. 90).

A Lei 24.522/95 não permitia o juiz analisar o mérito da recuperação, enquanto aqui no Brasil a nova Lei de Falências determina caber aos credores analisar o mérito do plano de recuperação, aprovando ou não sua viabilidade, sendo o magistrado competente para homologar o plano, levando apenas em consideração que os efeitos abrangessem apenas os credores e os devedores, e não a coletividade, ordem econômica e a concorrência. (SIMIONATO, 2008). Ainda conforme Simionato:

Nos termos da Lei, art 56, havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia geral dos credores para deliberar sobre o plano de recuperação. A data designada para a realização da assembleia geral não excederá 150 (cento e cinquenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial. A assembleia geral que aprovar o plano de recuperação judicial poderá indicar os membros do Comitê de Credores, na forma do art. 26, se já não estiver constituído. O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembleia geral, desde que exista expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes. Rejeitado o plano de recuperação judicial pela assembleia geral dos credores, o juiz decretará a falência do devedor. (SIMIONATO, 2008, p. 103).

Na legislação brasileira nota-se que a Lei 11.101 é bastante favorável ao devedor, tratando-se do quorum de aprovação do plano em assembleia geral de credores. O artigo 58 do novo ordenamento jurídico falimentar brasileiro estabeleceu regras quanto ao poder decisório da assembleia geral. Os credores deverão determinar pela falência ou pela recuperação judicial da empresa. (SIMIONATO, 2008).

Dessa forma, a Lei nº 11.101, de 09/02/2005, entregou aos credores a questão de deliberar sobre a aprovação ou reprovação do plano, optando colegiadamente, pelo quorum estabelecido no art. 45, pela concessão ou rejeição da recuperação judicial, ressurgindo assim, o modelo de acordo judicial, ao contrário do sistema previsto no Decreto-lei nº 7.661/1945. (SOUZA, 2012).

A importância do artigo 58 está na importância dada ao juiz ao, verificado os requisitos de três condicionantes objetivas, determinar a procedência da concessão do plano de recuperação judicial, mesmo após reprovada. (SIMIONATO, 2008).

Entretanto, o resultado dessa votação não é absoluto, 1 em especial quando há reprovação da proposta pelos credores. Isso porque, nos termos do art. 58, §§ 1º e 2º da LFRE,² ainda que tal quorum eventualmente não tenha sido alcançado na assembleia, a Lei permite que o juiz intervenha no resultado da votação, podendo, por meio de decisão própria, impor a aprovação do plano aos credores, mesmo em relação aos dissidentes. (SIMIONATO, 2008, p. 117 apud SOUZA, 2012, p. 63).

Tal ato, segundo Lobo (2012), serve para evitar o “abuso da minoria”, a LRE prevê, no seu artigo 58, §1, que o juiz pode conceder a recuperação judicial contra a deliberação da assembleia geral se restar provado que o plano obteve aprovação de credores que juntos, representem mais da metade do valor dos créditos, independente das classes, se duas das classes de credores, conforme o artigo 45, casos que somente duas classes com credores votantes, a aprovação de uma delas e casos em que houver rejeitado, o voto favorável de mais de dois terços dos credores, computados na forma do artigo 45 §1º e §2º.

Dessa forma, segundo Souza (2012) é indispensável alguns requisitos, como a aprovação de mais da metade dos representantes do valor de todos os créditos presentes, independentemente da classe, aprovação de duas classes de credores, se houver mais de duas votantes, ou de pelo menos uma, se duas classes votantes, de acordo com os critérios dos parágrafos do art. 45, a aprovação mínima de mais de 1/3 (um terço) dos credores da classe que rejeitou o plano, de acordo com os critérios estabelecidos nos parágrafos do art. 45 e a não implicação do plano em tratamento diferenciado entre os credores da classe que o rejeitaram.

4.3 A concessão da recuperação judicial via *Cram Down* de acordo com os requisitos do artigo 58 da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005

Vencido em assembleia geral, o devedor, caso configure as hipóteses previstas no artigo 58 § 1º, que diz que o juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do artigo 45 da Lei, desde que tenha obtido cumulativamente o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes em assembleia

independentemente de classe, a aprovação de 2 (duas) classes de credores nos termos do artigo 45 da Lei, ou caso haja apenas 2 (duas) classes com créditos votantes, a aprovação de uma delas, na classe que tiver rejeitado tiver o voto favorável de um terço dos credores, na forma do §§ 1º e 2º do artigo 45 da Lei. (SIMIONATO, 2008).

Como por exemplo, o devedor foi vencido na classe de credores trabalhistas mas teve voto favorável nas duas outras classes, e obteve voto favorável de mais de 1/3 dos créditos trabalhistas, o magistrado deve conceder o plano, se for economicamente viável sua recuperação. (SIMIONATO, 2008).

Em outro caso, se o devedor é vencido na classe dos credores com privilégio especial, geral, quirografário ou subordinado, mas teve voto favorável nos hipotecários e trabalhadores, ele não irá à falência se tiver obtido votos de 1/3 do valor total dos créditos na classe em que tiver sido vencido. (SIMIONATO, 2008).

Se, no plano de recuperação existe só 2 (duas) classes de credores, seja de trabalhadores, privilégio especial, geral, quirografário e subordinado. No caso de o devedor vencido em uma classe mas obteve voto favorável em outra classe, se na classe em que for vencido tiver 1/3 dos credores, na forma do artigo 45 §1º e 2º da Lei, ele não irá à falência. (SIMIONATO, 2008).

Em todos os casos acima, o devedor tem a condição de ter obtido a maioria prevista no artigo 58 § 1º, I, isso é, o voto favorável de mais da metade do valor de todos os credores, independente da classe. (SIMIONATO, 2008).

O juiz, em todos os casos mencionados, tem o dever de conceder o plano de recuperação judicial, observando o princípio de preservação da empresa viável economicamente e financeiramente. (SIMIONATO, 2008).

5 CONCLUSÃO

O presente estudo possibilitou a análise do instituto do *cram down* norte americano aplicado e comparado no direito falimentar brasileiro, apontando suas similaridades e particularidades. O regime de falências é um ramo jurídico atual de debates doutrinários e requer muito conhecimento para sua ampla compreensão.

O direito falimentar procurou reduzir os efeitos desastrosos da falência de ordem financeira, econômica, particular, e de consumo. O desenvolvimento da sociedade atual trouxe mudanças necessárias com a substituição do frágil e concordatário Decreto-Lei 7.661 de 1945, antiga Lei de Falências, pela Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, cuja redação teve plena concordância do Fundo Monetário Internacional.

Observou-se que o aspecto principal da nova Lei de falência é a importância dada aos interesses dos credores, alinhados aos interesses do particular e da sociedade, deixando de ser concordatário. A Lei 11.101, pela assembleia de credores, possibilitou um acordo de vontades entre credor e devedor, apesar de abrir inúmeros caminhos que possibilitam a fraude.

A empresa, além de particular, representa uma instituição de importância social para a manutenção da sociedade como conhecemos nos dias atuais, importante para a manutenção do sistema capitalista de consumo, evitando os efeitos da ação e reação que desencadeiam uma crise financeira.

O capitalismo vive nos dias atuais uma insegurança e crise antes nunca visto, com a economia recessiva, inovações tecnológicas, concorrência acirrada e opções no comércio internacional, sem contar a variação cambial atual. Devido a todas estas variáveis, o processo de recuperação de uma empresa envolve o corte de custos e o estudo empresarial envolvendo as áreas administrativas, contábil e econômica para atender aos requisitos necessários a serem observados no plano de recuperação judicial.

O procedimento de recuperação e reorganização empresarial é uma prática comum dentro de empresas de diversos portes, evitando sua falência diante dos desafios enfrentados atualmente, evidenciando, dessa forma, a importância da implementação e uso do *cram down* brasileiro, que significa, em sede falimentar, o poder do magistrado impor aos credores a observância do plano de recuperação, desde que presente os requisitos necessários sob a ótica judicial.

O estudo mostrou-se necessário para evidenciar uma espécie de possível *cram down* no ordenamento jurídico brasileiro, que é possível pela flexibilidade do juiz. Enquanto no direito norte americano o magistrado age com gozo de liberdade, no Brasil apenas tem o poder e dever de cumprir com a homologação, se preenchido os requisitos.

Por todo o material exposto, é crucial perceber a existência e a importância do quorum alternativo, dando, dessa forma, uma segunda chance para a empresa se reerguer com a homologação do plano de recuperação judicial antes rejeitado, atendendo aos interesses privados e sociais da sociedade atual.

REFERÊNCIAS

BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: direito de empresa. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FÁZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. **Recuperação judicial de empresas e falência**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MALLOY, Richard. A Primer on Cramdown How and Why it Works. **Copyright Clearance Center**, 2003-2004. Disponível em: <<https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.do?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&allon&titleOrStdNo=1065-318X>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**: Teoria geral da empresa e direito societário. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de direito falimentar**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles; ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOMAZETTE, Marlon. **Falência e Recuperação de Empresas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017.