

A MAJORAÇÃO DO PODER DO MAGISTRADO NO CRAM DOWN REALIZADO PELA LEI COMPLEMENTAR 147/14

Giovanna Mautoni ROCHA¹
Jadir Rafael da SILVA FILHO²

RESUMO: O presente trabalho tem a finalidade de analisar a incumbência do magistrado acerca do instituto previsto no artigo 58, §1º da lei 11.101/05, tendo em vista que a figura do *cram down*, de origem norte-americana, foi incorporada no sistema jurídico brasileiro, ampliando o poder do magistrado quanto a faculdade de, mesmo havendo recusa dos credores quanto ao plano de recuperação judicial proposto, homologa-lo. Toda via, com a inclusão de uma quarta nova classe para compor a Assembleia de credores, sendo esta, a de microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, surgem questionamentos referentes a aprovação do plano pela maioria dos votos dos credores. Desta forma, o estudo ganha relevância ao dirigir sua análise ao questionamento da possibilidade da aprovação de três das quatro classes presentes já constituírem a aprovação do plano apresentado pelo devedor, assim como, na hipótese de confrontação dos votos, sendo estes, de duas classes a favor do plano e duas classes contra, qual procedimento que o magistrado deverá acolher para solucionar o conflito. Objetiva-se o desenvolvimento de um trabalho acadêmico para auxiliar estudos e ampliar os horizontes ao abordar um tema relativamente novo.

Palavras-chave: Recuperação Judicial; *Cram Down*; Lei nº 11.101/05; Poder do magistrado

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o intento de tratar do instituto da recuperação judicial no Brasil, consagrado pela Lei nº 11.101/2005.

A implementação da nova legislação abordou temas e situações que antes eram tratados com procedimentos distintos dos atualmente adotados. Foram, por exemplo, instauradas várias alternativas eficazes para que a empresa se recupere e mantenha sua função socioeconômica, tornando a liquidação e, em decorrência, a falência da empresa, a ser a última medida a ser adotada no processo de crise, para que a empresa continue gerando empregos, movimentando a economia.

Dentre estes, de acordo com o artigo 58, §1º de referida Lei, fora instaurada a aplicação do instituto *cram down*. Este instituto pauta-se na interferência do juiz na aceitação do plano apresentado pelo devedor quando este for rejeitado por uma parcela dos credores. Deste modo, as três classes de credores votariam pela aceitação do plano, ou pela rejeição do mesmo, tendo o juiz, a faculdade de aceitar o plano mesmo quando esse for rejeitado por uma parcela dos credores.

¹ Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. rochagii13@gmail.com.

² Advogado. Bacharel em Direito e Pós-graduando em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Aluno especial da disciplina Contratos Pós-Modernos do Programa de Mestrado em Direito Negocial 2018, da Universidade Estadual de Londrina. e-mail: jadir_rafael@hotmail.com;

Todavia, com a inclusão de uma nova classe de credores sendo essa, a microempresendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, surgem conflitos quanto a procedência do magistrado a respeito dos votos.

Diante disto, por meio de análises doutrinárias e jurisprudenciais, o foco desta pesquisa é analisar e questionar a possibilidade de a homologação do plano apresentado pelo devedor derivar da aprovação de três das quatro classes presentes, e, na hipótese de duas das classes aprovarem, e duas rejeitarem o plano, como deverá o magistrado proceder para solucionar o conflito diante do confronto dos votos, tendo em vista que não há mais uma maioria de votos dos credores.

METODOLOGIA

Foi empregado para a elaboração do presente trabalho o método de abordagem dialético, que como explica Mariana A. Marconi e Eva M. Lakatos, é aquele que penetra o mundo dos fenômenos através de sua ação recíproca, da contradição inerente ao fenômeno e da mudança dialética que ocorre na natureza e na sociedade (MARCONI; LAKATOS, 2013, p. 111).

O objetivo é abordar o Cram Down, conhecendo suas peculiaridades e elencando hipóteses para a sua modificação, através de um raciocínio lógico com base em princípios e teorias do sistema jurídico pátrio, para uma conclusão a respeito da atual aplicação deste instituto.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O Cram Down foi criado pelo sistema norte americano, sendo um instrumento previsto no 11 U.S. Code § 1129 – *Confirmation of plan*, possuindo como principal função obrigar o credor a aceitar o plano de recuperação³.

Trata-se de mecanismo que possibilita a complementação do voto faltante na Assembleia Geral de Credores para a aprovação do plano. O papel dos credores se resume ao de constatar a viabilidade da empresa em crise. Tal afirmação é feita pelo fato dos credores fazerem parte do mercado e entenderem seu funcionamento.

Entretanto, o legislador ao prever uma possível conduta de favorecimento pessoal por parte dos credores, introduziu o sistema do Cram Down para que o Juiz, verificando a viabilidade da empresa e seu papel social, aprove o plano.

A importação do instituto do Cram Down pela legislação brasileira, previsto no parágrafo primeiro, do artigo 58, da Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, tem como principal base a preservação da empresa em decorrência de sua função social, desde que, sejam preenchidos os requisitos previstos no mesmo dispositivo acima mencionado.

Deste modo, o cram down dentro do sistema jurídico brasileiro, permite aplicar efetivamente os princípios e direitos fundamentais garantidos na Carta Magna.

Ao analisar o artigo 58, da Lei 11.101/05, merece atenção a previsão do texto normativo da forma que o magistrado deverá agir, tanto na hipótese de aprovação do plano pela assembleia de credores, quanto pela rejeição do plano.

³ “If a class of secured claims is impaired and does not accept the proposed plan, the class may nevertheless be compelled to accept the treatment proposed under the plan under Section 1129(b)(2)(A). Under this section, the court may confirm a plan notwithstanding the rejection by an impaired class of secured claims if the plan (1) does not discriminate unfairly and (2) is fair and equitable with respect to each nonaccepting, impaired class. A plan is fair and equitable with respect to a nonaccepting class of secured claims in three instances.” Disponível em: <http://www.law360.com/articles/468678/understanding-the-rules-of-bankruptcy-cramdown>

Observa-se que o *caput* do referido artigo estabelece claramente o papel do magistrado quando da aprovação do plano pela assembleia geral de credores, demonstrando que o juiz deve proceder com a homologação do plano negociado entre o devedor e os credores, quando cumprida as exigências legais. Nesse sentido, Carlos Eduardo Quadros Domingos afirma que a recuperação judicial terá *natureza jurídica contratual*, sendo que “o poder judiciário em nada interfere no acordo entre devedor e credor, enraizando, portanto, o regime jurídico contratual do instituto” (DOMINGOS, 2009, p. 75). Assim, quando a assembleia de credores aprova o plano apresentado pelo devedor, o juiz exerce apenas o papel de Fiscal da Lei e, caso não haja nenhuma ilegalidade, este deverá homologar o plano. Deste modo, a aprovação do plano não é uma faculdade do Juiz na Recuperação Judicial.

Sobre o tema, ensina Luiz Inácio Vigil Neto que “dentro das diversas propostas debatidas no Congresso brasileiro, prevaleceu a que mitigava o poder do juiz de contrariar a vontade manifestada pelos credores em assembleia” (VIGIL NETO, 2008, p. 172). A “*mitigação* de poder” citada pelo autor, diz respeito a necessidade de o magistrado observar os critérios objetivos previstos no texto normativo, não se resumindo em um ato de vontade absoluta do juiz. Mas, o magistrado não possui conhecimento específico para efetuar a referida avaliação e se utiliza do conhecimento dos Credores por meio da Assembleia dentro do processo de recuperação, para apurar esta informação.

Em contrapartida, o § 1º, do mesmo artigo 58, contempla a expressão *poderá conceder*, induzindo o interprete a acreditar que nesta hipótese, tendo os requisitos legais sido preenchidos, o magistrado terá liberdade para deliberar sobre o tema.

Trata-se de hipótese em que o legislador, buscando amparar a intenção de parte da assembleia de credores, conferiu ao magistrado, quando presente o apoio significativo por parte dos credores e existente possibilidade de recuperação, o poder de homologar o plano de recuperação judicial não aprovado pela maioria em assembleia de credores. Ou seja, estando presente o apoio substancial exigido pela no artigo 58 da Lei 11.101/05, o magistrado se apoiando na função social da empresa, poderá homologar o plano de recuperação judicial que não foi aprovado pela assembleia de credores.

Importante chamar atenção para o fato de que o magistrado não exerce seu livre convencimento para homologar ou não o plano de recuperação judicial. Mesmo após o preenchimento dos requisitos legais, deve analisar se a empresa possui importância economicamente e social, para só assim, beneficiar a empresa em recuperação judicial com a aprovação do plano, para que seja cumprido o objetivo da legislação falimentar, qual seja, a Manutenção da Função Social da Empresa.

Analisando o artigo 58 da Lei de Falência e Recuperação de Empresas, é possível concluir que o legislador buscou individualizar a aplicação do Cram Down, impondo requisitos rigorosos para que o Magistrado submeta os credores ao plano de recuperação não aprovado pela Assembleia e, na prática, tornando a aplicação do instituto uma hipótese extremamente rara, mas quando presente os requisitos, necessária em razão da função social da empresa.

O primeiro requisito leva em consideração os valores dos créditos que os credores votantes possuem. Assim, o plano de recuperação judicial rejeitado tem que alcançar na Assembleia Geral de Credores, no mínimo, a maioria dos créditos registrados no processo de recuperação judicial. Por sua vez, no segundo requisito o legislador buscou abarcar a quantidade de credores votantes pela aprovação do plano, sem sopesar os créditos que estes possuem. Deste modo, se utilizou os critérios do artigo 45 da Lei 11.101/05, considerando as classes de credores constituídas conforme disciplinado pelo artigo supra, a LF determina que o plano de recuperação seja aprovado por pelo menos 2 (duas) classes ou, que seja aprovado por pelo menos 1 (uma) quando estiveram presentes apenas 2 (duas) classes. Lembrando que na classe em que o plano foi rejeitado, deve haver o voto de ao menos 30% dos votos

favoráveis a aprovação. Por fim, o terceiro requisito busca assegurar que não haverá tratamento diferenciado para certas classes de credores, buscando a efetiva aplicação do princípio do *par conditio creditorum*, que busca igualdade entre os credores quanto as condições de recebimento dos créditos que lhes é devido, não fazendo jus aos valores recebidos por cada credor.

Preenchidos os requisitos acima citados, a judiciário deverá aprovar o plano de recuperação, contrariando uma parte dos credores.

Neste ponto que se inicia a problemática da alteração feita pela Lei Complementar 147, de 07 de agosto de 2014, que criou uma 4ª classe de credores, a dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte, além das 3 (três) já existentes, ou seja, 1ª créditos trabalhistas, 2ª credores com garantia real e a 3ª dos credores quirografários e subordinados.

A Lei complementar 147, de 07 de agosto de 2014, criou uma nova classe de credores. Esta 4ª classe de credores será composta por microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte. A referida alteração se deu pela inclusão do inciso IV, no artigo 41, de Lei 11.101/05.

Para a aprovação do plano de recuperação judicial pela novel classe, a contabilidade dos votos se dará pela maioria simples dos presentes, ou seja, o voto será contabilizado por cabeça, da mesma forma dos credores trabalhistas.

Não obstante a intensão do legislador de beneficiar os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, a inobservância das consequências das alterações na sistemática da Lei Falimentar, esvaziou o conteúdo e a simetria de alguns dispositivos normativos.

Dentre estes dispositivos, o artigo 58 da Lei 11.101/05, acabou tendo uma aplicação duvidosa, quando estiverem presentes na Assembleia de Credores, as 4ª classes de credores, senão vejamos:

O inciso II, § 1º, do artigo 58 da Lei de Falência, determina que o plano apresentado pela devedora, nos autos da Recuperação de Empresa, deve ser aprovado por duas classes de credores. Esta previsão, antes da alteração efetuada pela Lei Complementar 147, significava a maioria da assembleia de credores. Com a vigência da referida lei complementar, a situação trazida pelo inciso II, deixa de ser a aprovação por maioria e passa ser a aprovação pela metade das classes de credores.

Nasce os questionamentos: o juiz poderá impor as outras duas classes de credores que não aprovaram o plano? A aprovação de 3 classes das 4 presentes, já constitui aprovação do plano apresentado pelo devedor?

A resposta ao primeiro questionamento encontra amparo na própria sistemática do instituto do Cram Down, uma vez que trata de um empasse das classes de credores. Conforme abordagem de Fábio Ulhoa Coelho, “havendo o apoio substancial dos credores, recebendo cumulativamente mais da metade dos votos presentes na assembleia, aprovação pela maioria das classes e mais de 1/3 dos votos na classe que rejeitou o plano, o juiz poderá homologar o plano desde que o plano não disponha medida prejudicial a determinada classe” (COELHO, 2016, p. 391). Tal situação já ocorria poderia acontecer antes da alteração legislativa, na hipótese de ausência de uma das classes em assembleia.

Por fim, o resultado da análise do segundo questionamento mostra-se um pouco mais complexa, não tendo o presente resumo expandido o objetivo de esgotar o tema. Quando 3 (três) das 4 (quatro) classe de credores presentes aprovarem o plano de recuperação judicial, o magistrado, seguindo os parâmetros legais estabelecidos pela própria Lei nº 11.101/05, ou seja, identificando que não há prejuízos a classe de credores que não aprovou o plano, não terá outra que não seja a homologação do plano, tendo em vista a legislação atribui

a assembleia a competência para apreciar e aprovar os planos, sendo o magistrado mero fiscal da Lei.

CONCLUSÃO

É possível concluir ao longo do presente resumo que com a entrada em vigor da Lei Complementar 147, de 07 de agosto de 2014, que criou a 4ª classe de credores composta por microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, não houve uma maior atribuição de poder ao magistrado na aprovação do plano de recuperação judicial.

A autonomia da assembleia de credores continua inalterada, sendo ela o órgão máximo para deliberar sobre a aprovação do plano de recuperação judicial, cabendo ao juiz o papel de fiscal da lei, devendo amparar suas decisões sempre nos princípios do direito recuperacional.

O presente resumo não objetiva concluir o tema, mas busca levantar e contribuir com o questionamento e reflexão principalmente quanto a aplicação do instituto do Cram Down e a interpretação fria e literal da Legislação vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. **Curso de direito falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1978.

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

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

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. Vol. 3, 17ª. Ed. São Paulo: RT, 2016.

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Curitiba: J. M. Livraria Jurídica, 2009.

KAPLAN, Gary L. **Understanding The Rules Of Bankruptcy Cramdown**. Disponível em: < <http://www.law360.com/articles/468678/understanding-the-rules-of-bankruptcy-cramdown>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2006. (Direito empresarial brasileiro; 4)

PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 17. ed. Atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 1998.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei n. 11.101/05**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.