

PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE VERSUS PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: UMA ANÁLISE DO CRAM DOWN

Saulo Bichara Mendonça

RESUMO

MENDONÇA, S.B. Princípio da autonomia da vontade versus princípio da preservação da empresa: uma análise do cram down. **Perspectivas Online: Humanas & Sociais Aplicadas**, v. 12, n. 37, p. 15-26, 2022.

O presente estudo realiza uma análise do instituto do Cram Down a partir dos princípios da autonomia da vontade e da preservação ou continuidade da empresa, no qual o primeiro defende os direitos dos credores habilitados na recuperação judicial da empresa e o segundo a necessidade de continuidade da atividade empresarial em atenção aos termos do artigo 47 da Lei de Recuperação de Empresas. Para tanto foi analisada a figura do empresário e da empresa, a partir de conceitos teóricos adotados pelos autores e estudiosos da área, instituto da Assembleia Geral de Credores, enquanto órgão democrático e necessário ao processo de recuperação de empresas e o instituto do

Cram Down em si, enquanto exceção à deliberação da referida assembleia, necessário à preservação da empresa, considerando sua função social e a necessidade de se verificar a eficiência nas decisões judiciais, consoante se depreende do ótimo de Pareto. A análise do problema e hipótese a serem apresentados na introdução deste estudo conduzem às considerações finais no sentido de que, apesar da decisão judicial pode contrariar a vontade de parte dos credores manifestada de forma autônoma, não se verifica prejuízo, ante a necessidade de se defender a supremacia do interesse público sobre o particular.

Palavras-chave: autonomia da vontade; cram down; eficiência; função social da empresa; preservação da empresa.

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida, Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, Especialista em Direito Público e Relações Privadas e Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito de Campos. Professor Associado na Universidade Federal Fluminense, lotado no Departamento de Direito de Macaé do Instituto de Ciências da Sociedade - Macaé. Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisa Atividade Empresária e Sustentabilidade Econômica.

(*) e-mail: saulobmendonca@live.com

PRINCIPLE OF AUTONOMY OF WILL AGAINST PRINCIPLE OF ENTERPRISE PRESERVATION: AN ANALYSIS OF CRAM DOWN

Saulo Bichara Mendonça

ABSTRACT

MENDONÇA, S.B. Princípio da autonomia da vontade versus princípio da preservação da empresa: uma análise do cram down. **Perspectivas Online: Humanas & Sociais Aplicadas**, v. 12, n. 37, p. 15-26, 2022.

The present study performs an analysis of the Cram Down institute from the principles of autonomy of will and preservation or continuity of the company, in which the first defends the rights of qualified creditors in the company's judicial recovery and the second the need for continuity of the company. business activity in compliance with the terms of article 47 of the Business Recovery Law. For this purpose, the figure of the entrepreneur and the company was analyzed, based on theoretical concepts adopted by authors and scholars in the area, the institute of the General Assembly of Creditors, as a democratic and necessary body for the process of recovery of

companies and the institute of Cram Down in itself, as an exception to the deliberation of the aforementioned meeting, necessary for the preservation of the company, considering its social function and the need to verify the efficiency of judicial decisions, as can be seen from the Pareto optimum. The analysis of the problem and hypothesis to be presented in the introduction of this study lead to the final considerations in the sense that, despite the court decision may go against the will of part of the creditors manifested autonomously, there is no damage, given the need to defend themselves the supremacy of the public interest over the private

Keywords: autonomy of will; cram down; efficiency; company's social function; preservation of the company.

¹ Postdoctoral degree in Law from the State University of Rio de Janeiro. Doctor in Law from Universidade Veiga de Almeida, Master in Law from Universidade Gama Filho, Specialist in Public Law and Private Relations and Specialist in Labor Law from Faculdade de Direito de Campos. Associate Professor at the Fluminense Federal University, assigned to the Macaé Department of Law at the Institute of Society Sciences - Macaé. Coordinator of the Business Activity and Economic Sustainability Studies and Research Group.

(*) e-mail: saulobmendonca@live.com

1. INTRODUÇÃO

A temática tratada neste estudo demanda uma reflexão sobre a dicotomia existente entre o Princípio da Autonomia da Vontade e o Princípio da Preservação ou Continuidade da Empresa a partir do objetivo do Cram Down, “situação excepcional em que a recuperação judicial do devedor poderá ser concedida pelo juiz mesmo que a assembleia geral não tenha aprovado o plano de recuperação nos termos do art. 45” (CRUZ, 2022, p. 991). A discussão travada deverá colaborar para melhor compreensão e aplicação da norma posta, considerando a forte ingerência de ambos os princípios sobre esse instituto adotado pelo sistema recuperacional pátrio.

Destarte, tem-se por objeto o escrutínio da existência de um ponto de equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos, representados pelos princípios em tela, enquanto esteio dos anseios que devem ser considerados pelo magistrado quando da aplicação do Cram Down.

Salienta-se que o foco desta pesquisa esteve na supremacia da força da decisão judicial sobre a decisão assemblear, com base na preservação ou na continuidade da empresa, apesar dos interesses dos credores manifestados democraticamente em assembleia geral de credores (AGC) legitimamente constituída.

Em razão disso, considera-se como norte desta análise a seguinte questão: O instituto do Cram Down representa efetiva lesão à manifestação autônoma da vontade dos credores da empresa em recuperação judicial, manifestada livremente em assembleia geral, ainda que seu fim seja a preservação ou a continuidade da empresa?

Tendo o instituto do Cram Down objetivo da pesquisa, parte-se da premissa segundo a qual sua aplicação não impacta negativamente na autonomia da vontade manifestada livremente em assembleia pelos credores da empresa em recuperação, posto que o fim almejado quando da autorização de intervenção judicial é a preservação ou a continuidade da empresa devedora e, por conseguinte, a plena satisfação dos credores.

A despeito da decisão judicial divergir da vontade de parte dos credores que legitimamente se posicionaram em assembleia geral regularmente constituída, essa contrariedade se justifica pela supremacia do interesse público sobre o particular, caracterizando tal decisão por sua eficiência, consoante ao que se extrai do entendimento acerca do ótimo de Pareto.

O presente estudo se justifica pela complexidade do tema que atrai atenção de partes opostas na relação processual, na qual se verifica a discussão acerca da recuperação judicial de empresa, de um lado os credores, ansiando pela satisfação de seus direitos creditícios, de outro a empresa em recuperação, aspirando pela autorização de execução do seu plano de recuperação.

Entre as partes está o magistrado, amparado pela norma posta, notadamente o art. 58, §§1º e 2º da Lei nº 11.101/2005, mitigando os interesses e compondo a lide com atenção voltada a melhor satisfação dos interesses públicos e privados, primando por meios de satisfação dos credores e da preservação da empresa, concomitantemente.

Como meio de esmiuçar a questão posta na dedução de uma conclusão que venha verificar a hipótese aventada, a pesquisa realizada considerou a norma vigente, como

elemento objetivo e as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais que se apresentam em sentido oposto e favorável à aplicação do instituto do Cram Down. Para tanto, o raciocínio a ser apresentado foi estruturado sob três pilares a saber: a empresa e o empresário; a assembleia geral de credores e o Cram Down.

Após as considerações reflexivas, são apresentadas as considerações finais, nas quais a hipótese será sumariamente defendida.

2. METODOLOGIA

Aplicando uma metodologia eminentemente bibliográfica, considera-se a empresa não possui um conceito definido em lei. Essa imprecisão acerca do conceito positivado indica a consequência “da aplicação do vocábulo a situações extremamente diferentes até o uso indiscriminado da palavra pelo legislador, estrangeiro e brasileiro” (LOBO, 2002, p. 94).

Adota-se o referencial teórico extraído da teoria poliédrica de Alberto Asquini, e, não raras vezes, sem atentar à complexidade do raciocínio do autor.

Asquini não aceita a tal “poliedria” da empresa [...]. O próprio autor, que, como já dito alhures, se limitou a narrar o fato, critica a identificação da empresa com o empresário ou com o estabelecimento. No mesmo sentido é que aludiu aos tais “perfis”, defendeu um tratamento mais apurado da matéria, reconduzindo a empresa a limites mais estreitos do que os usualmente aceitos. Também para Asquini, a empresa não se confunde com empresário nem tampouco com o estabelecimento. O jurista aponta, repita-se, a incorreção do emprego do vocábulo em tais acepções. (DUARTE, 2004, p. 25).

Segundo Mamede (2013, p. 29), a empresa consiste numa organização dos meios de produção, incluindo elementos materiais e imateriais, pessoas e procedimentos adotados para a consecução de determinado fim, visando, naturalmente, a obtenção de vantagens econômicas. Essa atividade economicamente organizada, desenvolvida de forma profissional representa um conjunto de funções específicas, executadas com a finalidade de otimizar a atuação econômica e a produção de riquezas. É o lucro que remunera o investimento na atividade econômica empresarial. O lucro constitui a função social da empresa (MENDONÇA, 2012).

O conceito jurídico, como expressão do significado do fenômeno, é o mesmo econômico, sociológico, religioso ou político, na sua essência, apenas, como todos os outros, formulados de acordo com a visão e a linguagem da ciência que o elabora: no caso da ciência jurídica de forma a se ajustar às categorias instrumentais com que opera. (BULGARELLI, 1985, p. 202)

A empresa como atividade tem por característica a organização, por essa razão exige-se que o empresário a desenvolva de forma profissional e economicamente organizada.

O alcance da meta proposta quando da instituição da empresa pelo empresário exige dedicação deste à organização de elementos, que se agrupam por contratos sob sua coordenação, a fim de reduzir custos de produção e maximizar resultados de forma eficiente. (MENDONÇA, 2017, p. 48)

A empresa é a atividade desenvolvida pelo empresário, sua profissão, sua atividade principal, na qual a organização consiste na essência desse trabalho, dessa atividade que é a empresa.

E não raras vezes, o empresário é marginalizado, por assim dizer, por se dedicar a este mister. Confundem-no com um capitalista selvagem sem considerar as idiossincrasias individuais de cada agente econômico que se propõe a desenvolver a empresa.

Existe um sólido instituto que põe o empresário abaixo de todos os outros profissionais e joga-lhe às costas um fardo de inferioridade social do qual ele não consegue se livrar, mesmo na América. O próprio empresário reconhece esta suposição de sua inferioridade, mesmo quando protesta contra ela. É o único homem, além do verdugo e do gari, que vive se desculpando por sua ocupação, para fazer parecer, quando atinge o objetivo de seu trabalho – i.e., ter ganho uma montanha de dinheiro –, que o dinheiro não era o objetivo de seu trabalho. (MENCKEN, 1988, p. 29)

A anedota pode não comportar o espírito desta época e nem combinar bem com trabalhos acadêmicos, mas exemplifica o filtro que, por regra, parece ser posto ao empresário que, mesmo regular, não excepcionalmente é malvisto por seus semelhantes como se fosse vil e avaro, longe de ser visto como responsável por uma atividade essencial ao desenvolvimento social e, quiçá, como promotor de uma efetiva justiça social.

Este agente econômico, responsável pela atividade empresária quando se vê em déficit econômico, financeiro e patrimonial reversível, pleiteia sua recuperação ao Estado na figura do juiz, solicitando a possibilidade de propor novação aos credores titulares de créditos negociáveis (outros empresários).

Sim, considerando que os créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho têm que ser pagos até um ano do requerimento de recuperação judicial (art. 54, Lei 11.101/2005) e os créditos de natureza estritamente salarial devem ser quitados em até trinta dias do requerimento (art. 54, §1º, Lei 11.101/2005) e que o requerente deve apresentar certidões negativas de débitos tributários, na forma do art. 57, Lei 11.101/2005 para ver deferida a recuperação judicial, só resta ao requerente propor um plano de recuperação que constitua uma espécie de novação em relação aos titulares de créditos que não tenham natureza trabalhista ou tributária.

Desta forma, os credores titulares de créditos civis empresariais constituirão a assembleia geral de credores (AGC) e terão legitimidade e competência para apreciar o plano de recuperação judicial a ser apresentado tempestivamente (art. 53, Lei 11.101/2005) pelo requerente.

A AGC é a forma pela qual se assegura aos credores, sujeitos aos efeitos da recuperação judicial e da falência, a oportunidade de participar ativamente do processo em si. Seriam os principais interessados na recuperação da empresa e na liquidação dos bens da massa falida.

Notadamente, no que se refere à AGC, é de se esperar que na recuperação de empresa haja interesses em comum entre os credores, pois todos devem objetivar o adimplemento do recuperando. Mas, os interesses sempre podem divergir.

Por isso, o legislador estabeleceu um rito de votação apropriado. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41, Lei 11.101/2005, deverão aprovar a proposta por mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes. Nas classes previstas nos incisos I e IV do mesmo artigo, a proposta deverá ser

aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito. Os credores cujo plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito, não terão direito a voto e não serão considerados para fins de verificação de quórum de deliberação.

A realização da AGC será imprescindível sempre que houver objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, sem prejuízo das competências estabelecidas no art. 35, inciso I, Lei 11.101/2005.

Via de regra, a decisão da AGC é soberana, uma vez cumpridas as exigências legais, caberá ao magistrado conceder a recuperação judicial ao devedor requerente sempre que o plano de recuperação judicial não tiver sofrido objeção de credores nos termos do art. 55, Lei 11.101/2005, ou que tenha sido aprovado pela AGC na forma dos arts. 45 ou 56-A da mesma Lei.

Verifica-se que, ao magistrado não assiste a faculdade de decidir quanto à concessão ou não do plano de recuperação judicial, uma vez aprovado pelos credores. O respeito a autonomia da vontade é regra, inobstante do teor do plano em si, posto que se trata de direitos patrimoniais disponíveis. Neste sentido, se verifica o entendimento consolidado na I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: “Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores”.

Como sabido, o plano de recuperação judicial é destinado aos credores e a assembleia geral de credores é que possui soberania para sua aprovação. Conforme já expressou este E. Tribunal de Justiça, o Plano de Recuperação Judicial nada mais é do que uma transação realizada entre devedora e credores, com a novação da dívida original e a concessão de novos prazos para pagamento. [...] Não se olvide que nos termos do Enunciado nº 44 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, a homologação do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial da legalidade [...] (AREsp: 1277075 SP 2018/0064911-8).

A despeito da soberania da AGC, há entendimentos (CARNIO, 2018) no sentido de reconhecer a necessidade e a possibilidade de exercer um controle de legalidade por parte dos magistrados sobre o plano de recuperação judicial de empresas, visando a realização do controle das cláusulas do plano, a verificação de eventuais defeitos no negócio jurídico proveniente da decisão assemblear, a investigação se a decisão foi efetivamente tomada em respeito ao quórum legal e a análise de eventuais abusividades no exercício do voto por credores.

Não se espera que o magistrado tenha melhores condições de compreender as demandas dos credores ou a capacidade do devedor de honrar seus compromissos a partir de novas metas.

Trata-se, portanto, de critério de oportunidade e não de legalidade, daí que acrescenta: “O juiz, por essência, não é empresário, de modo que pretender que obtenha êxito, onde fracassaram outros com mais experiência é uma quimera, nem mesmo ajudado pelo síndico, que não é um administrador de empresas”. (BULGARELLI, 1999, p. 156-157)

Também não se pretende mitigar o direito de negociação das partes titulares dos direitos e deveres disponíveis, mas, os interesses postos exigem que não se atribua ao magistrado o papel de mero homologador, sob pena de relegar a segundo plano o objetivo precípua da Lei 11.101/2005, qual seja, a preservação ou continuidade da empresa por meio de sua efetiva recuperação.

E, agora, tendo em mente a figura do empresário, de sua atividade e dos credores da empresa em recuperação, constituídos em AGC, passa-se a análise do instituto do Cram Down enquanto instrumento destinado à promoção do equilíbrio entre a autonomia da vontade dos credores e a meta da preservação ou continuidade da empresa.

3. RESULTADOS

Comumente utilizado em um contexto corporativo, a expressão Cram Down ganhou popularidade a partir das falências decorrentes da crise econômica que acometeu também os Estados Unidos nos anos de 2007 a 2009. Em tradução livre, a expressão é compreendida como “empurrar goela abaixo”.

Em linhas gerais, a lei americana permite impor judicialmente a aprovação do plano de recuperação se ele for “justo e equitativo” (fair and equitable) no tratamento das diversas classes de credores e “não discriminar injustamente” (not discriminate unfairly) os credores de uma mesma classe. (CRUZ, 2022, p. 991)

Dentro do contexto normativo pátrio, o Cram Down constitui uma hipótese legal a qual, apesar de haver negativa de parcela da AGC acerca do plano de recuperação judicial, este poderá ser autorizado pelo magistrado, atentando as condições elencadas nos incisos do §1º do art. 58, Lei 11.101/2005.

O cram down, que dá ao juiz o poder de intervir na deliberação dos credores (...) A sua aplicação envolve uma grande margem de discricionariedade do juiz, especialmente na definição sobre justiça e equidade do plano, bem como sobre a ausência de discriminação injusta. Assim, caberá ao juiz verificar se há alguma discriminação entre as classes e se ela é justa, deixando margem para um claro juízo de valor. Além disso, caberá ao juiz analisar se o plano é justo e equitativo, mais uma vez numa análise bastante subjetiva, que, porém, possui certos testes de verificação. (TOMAZETTE, 2017, p. 296)

Logo, verifica-se uma significativa abertura para imposição da vontade por parte do Magistrado, em detrimento da vontade dos credores consolidados em AGC, visando conduzir a empresa em recuperação por um processo de superação da crise financeira, econômica e patrimonial, a fim de permitir que ela volte a cumprir com eficiência a sua função social, a despeito das restrições postas pelas condições legais necessárias à imposição deste procedimento.

[...] há casos em que o atingimento do quórum de mais de um terço pode se mostrar impossível, principalmente quando, pelo valor do crédito, um único credor seja detentor de mais de dois terços e opte por rejeitar o plano, bem como há casos em que a classe é composta por único credor. Lembrando que a rejeição do plano importa em convolação em falência; em alguns casos, um único credor teria o poder de decretar a quebra da recuperanda, ainda que todos os outros estivessem favoráveis à recuperação.

Essa situação não pode prevalecer em detrimento do interesse dos demais credores e

em detrimento da preservação da empresa. [...] Cabe ao magistrado esse controle de legalidade. (COSTA; MELO, 2021, p. 173)

Há argumentos (LIMA FILHO, 2017) que defendem a abolição do Cram Down no Brasil, recomendando, por exemplo, a alteração legislativa para o estabelecimento de um quórum fechado de deliberação (que torne mais simples a quantificação de votos e valores), de modo a limitar enfaticamente a atuação do magistrado apenas ao exame de legalidade do plano de recuperação apresentado.

Talvez, o ideal seja não pender para nenhum dos extremos, nem pela maximização da intervenção do magistrado, em detrimento da decisão assemblear e nem pela tutela da soberania da vontade dos credores.

O sincretismo entre a autonomia da vontade dos credores e a preservação ou continuidade da empresa, sugere um equilíbrio entre os interesses postos e uma forma pragmática de alcançar a meta de preservar a empresas que apresente um plano de recuperação economicamente viável.

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 idéia de que o sistema deve procurar conciliar o papel do juiz, do devedor e dos credores na produção de soluções que atendam à função pública do direito da empresa em crise.

Tem-se então de uma situação excepcional, uma espécie de “acordo unilateral”, uma imposição por parte do magistrado fundamentado no melhor interesse da preservação da empresa, em detrimento de interesses pessoais de determinados credores.

Não há que se criticar o quórum estabelecido para votação na AGC pelo art. 45, Lei 11.101/2005, tampouco os critérios aplicados pelo art. 58, §1º da mesma lei, posto que tais críticas seriam improdutivas, tendo em vista que quaisquer critérios adotados pelo legislador jamais seriam perfeitos e sempre poderiam ser alvos de críticas por quem entenda que outro quórum qualificado atenderia da melhor forma aos interesses envolvidos.

Uma vez que se têm interesses opostos não parece haver alternativa que não passe pela decisão judicial. É preciso que o magistrado intervenha e decida, mesmo que a decisão acarrete insatisfação de parte dos envolvidos. E esta decisão precisa ser pautada no propósito de perquirir meios eficientes de preservação da empresa.

Ressalta-se que a decisão do magistrado pode não ser pelo deferimento do plano de recuperação. O dispositivo legal em tela aduz a faculdade do magistrado ao utilizar a expressão “poderá”, chamando a atenção para a discricionariedade do magistrado ante a possibilidade de aprovação ou não do plano de recuperação de empresa que quase atingiu o quórum qualificado (COELHO, 2021, p. 241).

E, valendo-se da máxima segundo a qual ‘quem pode mais, pode menos’, vê-se a polêmica decorrente do Recurso Especial nº 1.337.989 - SP (2011/0269578-5).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO. APROVAÇÃO JUDICIAL. CRAM DOWN. REQUISITOS DO ART. 58, § 1º, DA LEI 11.101/2005. EXCEPCIONAL MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

1. A Lei nº 11.101/2005, com o intuito de evitar o "abuso da minoria" ou de "posições individualistas" sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise empresarial, previu, no § 1º do artigo 58, mecanismo que autoriza ao magistrado a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra decisão assemblear.
2. A aprovação do plano pelo juízo não pode estabelecer tratamento diferenciado entre os credores da classe que o rejeitou, devendo manter tratamento uniforme nesta relação horizontal, conforme exigência expressa do § 2º do art. 58.
3. O microssistema recuperacional concebe a imposição da aprovação judicial do plano de recuperação, desde que presentes, de forma cumulativa, os requisitos da norma, sendo que, em relação ao inciso III, por se tratar da classe com garantia real, exige a lei dupla contagem para o atingimento do quórum de 1/3 - por crédito e por cabeça -, na dicção do art. 41 c/c 45 da LREF.
4. No caso, foram preenchidos os requisitos dos incisos I e II do art. 58 e, no tocante ao inciso III, o plano obteve aprovação qualitativa em relação aos credores com garantia real, haja vista que recepcionado por mais da metade dos valores dos créditos pertencentes aos credores presentes, pois "presentes 3 credores dessa classe o plano foi recepcionado por um deles, cujo crédito perfaz a quantia de R\$ 3.324.312,50, representando 97,46376% do total dos créditos da classe, considerando os credores presentes" (fl. 130). Contudo, não alcançou a maioria quantitativa, já que recebeu a aprovação por cabeça de apenas um credor, apesar de quase ter atingido o quórum qualificado (obteve voto de 1/3 dos presentes, sendo que a lei exige "mais" de 1/3). Ademais, a recuperação judicial foi aprovada em 15/05/2009, estando o processo em pleno andamento.
5. Assim, visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, é que deve agir o magistrado com sensibilidade na verificação dos requisitos do cram down, preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela sua flexibilização, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores.
6. Recurso especial não provido.

Verifica-se a relativização no tratamento dos requisitos para aplicação do Cram Down com fim de evitar o abuso no direito de voto por parte do credor (MENDES JÚNIOR, 2020).

No caso, o juízo da recuperação judicial aplicou o cram down mesmo sem o preenchimento do requisito previsto no art. 58, §1º, inciso III da LRE: na classe que rejeitou o plano (créditos com garantia real, que exige contagem 'por valor' e 'por cabeça'), apenas um dos três credores o aprovou (embora esse credor fosse titular de 80% dos créditos dessa classe, não houve aprovação de mais de um terço dos credores na contagem 'por cabeça'). (CRUZ, 2022, p. 992)

A decisão foi confirmada pelo Tribunal de São Paulo em defesa do princípio da preservação ou continuidade da empresa, interpretado e aplicado como meio de garantir ao magistrado legitimidade para atuar além dos contornos legais e em prol da tentativa de reestruturação empresarial.

Não havendo meios objetivos e pragmáticos de estabelecer um quórum decisório que permita a AGC produzir sempre decisões equilibradas entre os interesses dos credores e a necessidade de preservação ou a continuidade da empresa, o Cram Down representa instrumento eficiente para definir um estado de alocação de recursos no qual se consegue vislumbrar a melhora da situação da empresa em recuperação sem que, necessariamente, seja prejudicada a situação dos seus credores.

4. DISCUSSÃO

O presente estudo iniciou-se a partir da problematização se o instituto do Cram Down representaria efetiva lesão à manifestação autônoma da vontade dos credores da empresa em recuperação judicial, livremente manifestada em assembleia geral, mesmo tendo por fim a preservação ou a continuidade da empresa.

A premissa hipotética verificada considerou que o Cram Down não impacta negativamente na autonomia da vontade manifestada livremente em assembleia pelos credores da empresa em recuperação, posto que a finalidade almejada quando da autorização de intervenção judicial é a preservação ou a continuidade da empresa devedora e, por conseguinte, a plena satisfação dos credores.

A hipótese foi comprovada e o instituto do Cram Down foi identificado como um instrumento eficaz na busca por uma solução eficiente, capaz de contribuir para a melhora da situação da empresa em recuperação sem produzir efeitos negativos aos seus credores.

5. CONCLUSÕES

Conclui-se que, apesar da decisão judicial poder contrariar a vontade de parte dos credores legitimamente constituídos em AGC, tal contrariedade não representa um prejuízo em si, sendo justificada pela supremacia do interesse público sobre o particular, em que o primeiro se caracteriza pelo objetivo de preservação ou de continuidade da empresa e o último pela autonomia da vontade dos credores.

6. REFERÊNCIAS

BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa**. São Paulo: RT, 1985.

BULGARELLI, Waldirio. **O novo direito empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARNIO, Daniel. **O critério tetrafásico de controle judicial do plano de recuperação judicial**. Brasil Jurídico, 2018. Disponível em: <https://brasiljuridico.com.br/artigos/o-critrio-tetrafasico-de-controle-judicial-do-plano-de-recuperao-judicial-por-daniel-carnio>. Acesso em: 29 maio 2022.

CHAGAS, Edilson Enedino das; RAMOS, Joshua Silva. **A revisão da aplicabilidade do cram down no Brasil como mecanismo de instrumentalização do princípio da preservação da empresa**. Disponível em https://dspace.uniceplac.edu.br/bitstream/123456789/1068/1/Joshua%20Silva%20Ramos_0006449.pdf. Acesso em: 29 maio 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 14^a ed. São Paulo: RT, 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Comercial**. 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de->

estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf. Acesso em: 29 maio 2022.

COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser de. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Curitiba: Juruá, 2021.

CRUZ, André Santa. **Manual de direito empresarial**. Vol. Único. 12ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da empresa à luz do novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Método, 2004.

LIMA FILHO, Gerardo Alves. **O paradoxo do processo de recuperação judicial de empresas no Brasil: análise da aplicação do Cram Down como mecanismo de ajuste do sistema**. Jus Brasil, 2017. Disponível em: <https://gerardoalveslimafilho.jusbrasil.com.br/artigos/435919679/o-paradoxo-do-processo-de-recuperacao-judicial-de-empresas-no-brasil-analise-da-aplicacao-do-cram-down-como-mecanismo-de-ajuste-do-sistema/amp>. Acesso em: 29 maio 2022.

LOBO, Jorge. **A empresa: novo instituto jurídico**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.5, n.17, 2002, p. 94. Disponível em: http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista17/revista17_94.pdf. Acesso em: 29 maio 2022.

MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. **O provável confronto entre Alberto Asquini e Ronald Coase: uma análise dos perfis de empresa a partir da teoria da firma**. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. Anais... Fortaleza: CONPEDI, 2010. p. 385. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/sistemasaux/listaaprovados.htm>. Acesso em: 29 maio 2022.

MENCKEN, H.L. **O livro dos insultos**. Seleção, tradução e prefácio Ruy Castro. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MENDES JÚNIOR, Dárcio Lopardi. **Análise do recurso especial nº 1.337.989 do superior tribunal de justiça frente ao instituto do “Cram Down” na lei de recuperação de empresas e o ativismo judicial**. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 05, n. 03, p. 123-133, jul./set., 2020. Disponível em <http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3524/628>. Acesso em: 29 maio 2022.

MENDONÇA, Saulo Bichara. **Função social da empresa. Análise pragmática**. Revista de Estudos Jurídicos, São Paulo, a.16, n.23, p. 61-75, 2012. Disponível em file:///C:/Users/Saulo/Downloads/479-2332-1-PB.pdf. Acesso em: 29 maio 2022.

MENDONÇA, Saulo Bichara. **Empresa: atividade econômica organizada**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial**. Revista de Direito Bancário e do

Mercado de Capitais. vol. 36, p. 184, Abr. 2007. Disponível em [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4913135/mod_resource/content/1/MUNHOZ%20C%20Eduardo%20-%20Anota%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20os%20limites%20do%20poder%20jurisdiccional%20na%20aprecia%C3%A7%C3%A3o%20do%20plano%20de%20recupera%C3%A7%C3%A3o.pdf#:~:text=O%20instituto%20do%20cram%20down,delimitam%20a%20interven%C3%A7%C3%A3o%20jurisdiccional%20para](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4913135/mod_resource/content/1/MUNHOZ%20C%20Eduardo%20-%20Anota%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20os%20limites%20do%20poder%20jurisdiccional%20na%20aprecia%C3%A7%C3%A3o%20do%20plano%20de%20recupera%C3%A7%C3%A3o.pdf#:~:text=O%20instituto%20do%20cram%20down,delimitam%20a%20interven%C3%A7%C3%A3o%20jurisdiccional%20para.). Acesso em: 29 maio 2022.

NASCIMENTO, Hugo Nunes Nakashoji. **Empresa, comércio e tempos de crise: A aplicação do cram down no direito brasileiro à luz da jurisprudência do superior tribunal de justiça.** Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília, 17^a ed. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/26670.pdf>. Acesso em: 29 maio 2022.

SCHLAUCHER, D. G., & OLIVEIRA, D. L. M. de. **O Instituto do Cram Down e seus efeitos no ordenamento jurídico pátrio.** Revista Vianna Sapiens, 7(2), 20, 2017. Disponível em <https://viannasapiens.com.br/revista/article/view/197>. Acesso em: 29 maio 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AREsp: 1277075 SP 2018/0064911-8**, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELIZZE, Data da Publicação: DJ 01/06/2018. Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584548269/agravo-em-recurso-especial-aresp-1277075-sp-2018-0064911-8?ref=topic_feed. Acesso em: 29 maio 2022.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial.** 5^a ed. São Paulo, Atlas, 2017.

TSUJIGUCHI, Cristiane Akemi Perigolo; VASCONCELOS, João Paulo Angelo. **Aplicação do Cram Down no ordenamento jurídico brasileiro.** Colloquium Socialis, Presidente Prudente, v. 02, n. Especial 2, Jul/Dez, 2018, p.140-146. Disponível em <http://www.unoeste.br/site/enepe/2018/suplementos/area/Socialis/Direito/APLICA%C3%87%C3%83O%20DO%20CRAM%20DOWN%20NO%20ORDENAMENTO%20JUR%C3%8DDICO%20BRASILEIRO.pdf>. Acesso em: 29 maio 2022.