

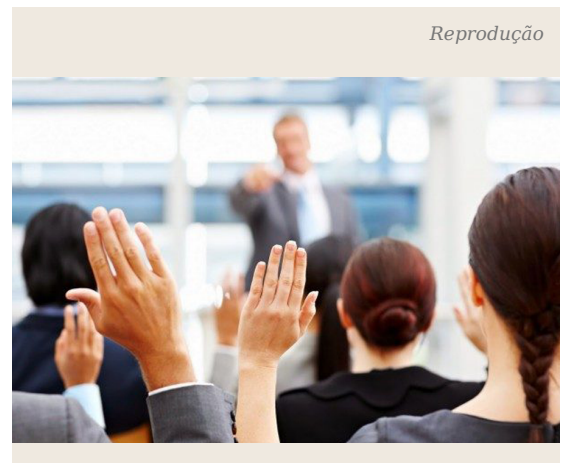
O cram down mitigado e a função social da empresa

21/05/2024

A regulamentação da recuperação judicial no ordenamento jurídico pátrio se embasou fortemente no artigo 170 da Constituição (CF/88), na medida em que prevê que a ordem econômica será regida pela função social da propriedade, pela valorização do trabalho humano e pela livre iniciativa.

Nesse sentido, no direito pátrio, as empresas devem ser vistas não apenas como um mecanismo da livre iniciativa destinadas exclusivamente à obtenção de lucro, posto que também servem para a geração de empregos e renda, para a sociedade e para o poder público por intermédio do pagamento dos tributos relacionados com a atividade explorada.

Na Lei Federal nº 11.101/05, vislumbra-se a concretização dessas normas no princípio da preservação da empresa, consagrado no seu artigo 47, que aduz:



Reprodução

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A leitura desse dispositivo permite concluir que a recuperação judicial não tem por objetivo único tutelar os interesses dos credores, devendo esses se adequarem à manutenção da fonte produtiva e dos empregos dos trabalhadores, dentre outros.

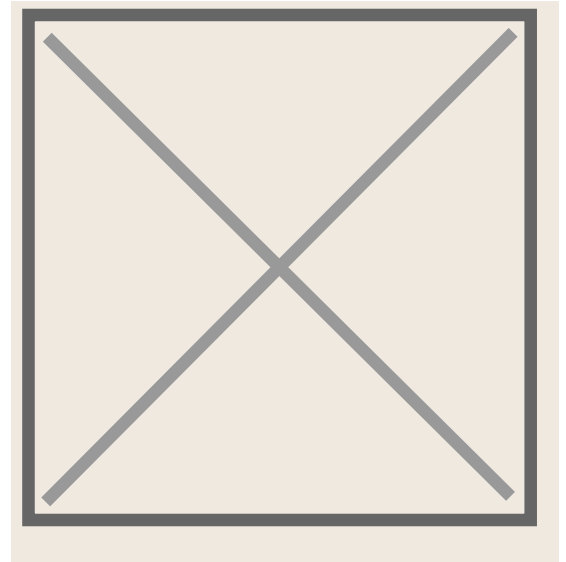
Marcelo Sacramone [1] aduz que a Lei Federal nº 11.101/05 rompe com a tradição eminente liquidatória das legislações pretéritas para estabelecer uma visão conciliatória de defesa dos credores, com a preservação das empresas e os interesses de terceiros, consumidores, empregados e outros.

Por outro lado, o artigo 45 da Lei de Falência e Recuperação de Empresas (LFRE) aduz a forma como o plano de recuperação judicial (PRJ) será devidamente aprovado, exigindo-se o alcance dos quóruns da maioria dos presentes de cada uma das quatro classes, bem como mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia, para os titulares de créditos com garantia real e quirografários.

Esse dispositivo é o responsável por corporificar o princípio da soberania da vontade dos credores na recuperação judicial.

Aprovação forçada de PRJ

Ainda que não atinja esse quórum, o artigo 58, parágrafo 1º da LFRE previu a possibilidade da aprovação forçada do PRJ mediante o “*cram down*” à brasileira, desde que preenchidos critérios mais brandos, como voto favorável de mais da metade de todos os créditos presentes à assembleia, reprovação em apenas uma das classes de credores votantes e voto favorável de 1/3 dos credores na classe que houver a rejeição.



Ainda assim, pode-se imaginar situações em que a não aprovação do plano decorra exclusivamente da arbitrariedade de algum(ns) dos credores, o que poderia macular o postulado da preservação da empresa do artigo 47 da LFRE.

Marcelo Sacramone [2] esclarece que a aprovação por intermédio do quórum alternativo previsto no artigo 58, parágrafo 1º da LFRE não se confunde com o “*cram down*” americano, já que a legislação brasileira previu um conjunto de requisitos mais brandos para que o plano fosse aceito pela própria assembleia de credores, segundo o seu juízo de conveniência e oportunidade, não havendo a interferência do magistrado nessa situação.

Já o “*cram down*” americano ocorre quando o próprio juiz aprova o PRJ apresentado pelo credor, mesmo não tendo havido o preenchimento dos requisitos legais, havendo nitidamente uma aprovação “goela abaixo” do planejamento formulado pela recuperanda. Esse instituto se aproxima do “*cram down*” mitigado, que vem sendo autorizado, em situações excepcionais, pelo STJ.

A Lei Federal nº 14.112/20 incluiu o parágrafo 6º no artigo 39 da LFRE, que previu expressamente a nulidade do voto abusivo, quando exercido pelo credor com um propósito manifestamente ilícito para si ou para terceiro.

A lógica da abusividade [3] caminha no sentido de que o credor deve demonstrar que a proposta exposta no PRJ seria mais desvantajosa de que eventual situação sua diante de uma virtual falência, sob pena de não se mostrar razoável o seu voto contrário à aprovação, já que a decretação da falência é a decorrência lógica da rejeição do plano, situação essa que também se denomina de irracionalidade econômica do voto.

Outra situação que demonstra o abuso do direito de voto do credor ocorre quando há o manifesto desinteresse em se debater os termos do PRJ, com a ausência de questionamentos ou oposição de contrapropostas por parte do titular do direito, evidenciando a ilicitude da finalidade do ato do titular do direito.

Por oportuno, verifica-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) já declarou a nulidade do voto do credor em situações semelhantes, confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. Nulidade de voto, determinada a realização de nova AGC. Decisão mantida. Ausência de racionalidade econômica e interesse em negociar. Voto meramente emulativo. §6º do art. 39 da LRF. Prevalência do princípio da preservação da empresa. Art. 47 da LRF. Doutrina e precedentes. RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2144262-09.2023.8.26.0000; Relator (a): AZUMA NISHI; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Especializado 1ª RAJ/7ª RAJ/9ª RAJ - 2ª Vara Regional de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem; Data do Julgamento: 13/12/2023; Data de Registro: 13/12/2023)

Agravo de Instrumento. Recuperação judicial. Insurgência contra a decisão que declarou nulo o voto da agravante/credora, fundado no abuso de direito. Direito ao voto que não é absoluto. Aprovação do plano que, no caso, dependia, exclusivamente, do voto favorável da recorrente. Agravante que se opôs à aprovação por mero desinteresse, sequer apresentando fundamentos jurídicos ou questionando as suas cláusulas. Opção pela quebra, defendida pela recorrente, que, além de revelar comportamento excessivamente individualista, vai de encontro com os princípios da função social, preservação da empresa e estímulo à atividade econômica, frustrando o próprio objetivo da lei de regência. Decisão mantida. Agravo desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2208230-13.2023.8.26.0000; Relator (a): Natan Zelinschi de Arruda; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Especializado 1ª RAJ/7ª RAJ/9ª RAJ - 1ª Vara Regional de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem; Data do Julgamento: 18/11/2023; Data de Registro: 18/11/2023) (grifei).

Ou seja, o credor tem o dever de cooperar com as negociações ainda que se oponha ao PRJ, apresentando contrapropostas, fundamentos jurídicos explicitando a sua contradição a proposta apresentada pelo devedor, demonstrando interesse na negociação, sob pena do seu comportamento ser tido como abusivo, resultando na nulidade do seu voto contrário.

Onde pode estar o veto ao PRJ

A situação se agrava mais quando o credor que atua abusivamente possui mais de 50% de determinada classe, o denominado supercredor [4], de modo que o seu posicionamento contrário possa implicar em um verdadeiro veto ao PRJ, em uma atuação que simplesmente nega a vigência do princípio da função social em âmbito empresarial, previsto no artigo 170 da CF/88.

O que se percebe é que a aprovação do PRJ “goela abaixo” pode ocorrer tanto mediante a flexibilização dos requisitos do artigo 58, parágrafo 1º da LFRE, quanto mediante a declaração da abusividade dos votos dos credores, acarretando a aceitação do plano, dando-se

preponderância ao princípio da preservação da empresa [5].

Efetivamente esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que orienta que os juízes pautem os seus posicionamentos na apreciação da rejeição do PRJ com prudência e moderação, verificando-se a possibilidade efetiva do soerguimento das empresas, tendo em conta o princípio da preservação das cooperações.

Seguindo essa linha de entendimento, cita-se o AgInt no AREsp 1551410/SP, da relatoria do ministro Antônio Carlos Ferreira:

[...]. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO. APROVAÇÃO JUDICIAL. CRAM DOWN. REQUISITOS LEGAIS. EXCEPCIONAL MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. DECISÃO MANTIDA.

1. A jurisprudência do STJ entende pela possibilidade de se mitigar os requisitos do art. 58, § 1º, da LRJF, para a aplicação do chamado ‘cram down’ em circunstâncias que podem evidenciar o abuso de direito por parte do credor recalcitrante.

“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” (REsp 1337989/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 04/06/2018). [...]. (AgInt no AREsp n. 1.551.410/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 24/5/2022.).

Posicionamento semelhante também foi manifestado pelo STJ no AREsp 1.551.410, em que o Banco do Brasil detinha 56% de uma das classes, vetando a aceitação do PRJ em situação de abusividade, o que acarretou na atuação do judiciário pela aprovação do plano mediante um autêntico “cram down” ao estilo americano, com a flexibilização das regras do artigo 58, parágrafo 1º do PRJ.

Portanto, o que se conclui diante do estudo apresentado é que um dos nortes mais importantes do instituto da recuperação judicial é o princípio da preservação da empresa, de modo que deve haver uma racionalidade na apreciação da rejeição do PRJ, impondo-se a aprovação por “cram down” por abusividade ou por flexibilizações brandas dos requisitos do artigo 58, parágrafo 1º da LFRE.

[1] SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência – 3. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022. P. 387.



[2] SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência – 3. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022. P. 523.

[3] Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2024-fev-08/abuso-do-direito-de-voto-do-credor-em-processos-de-recuperacao-judicial/>>. Acesso em: 14 mai. 2024.

[4] Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-cram-down-e-o-abuso-do-direito-de-voto-do-super-credor-na-recuperacao-judicial-07122022>>. Acesso em: 15 mai. 2024.

[5] Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-cram-down-e-o-abuso-do-direito-de-voto-em-assembleias-gerais-de-credores-18052023?non-beta=1>>. Acesso em: 15 mai. 2024.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-mai-21/o-cram-down-mitigado-e-a-funcao-social-da-empresa/>