

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

KEYLLA DOS ANJOS MELO

**PROBLEMAS NA APLICAÇÃO DO “CRAM DOWN” BRASILEIRO: UMA
PROPOSTA ALINHADA À TEORIA DE RICHARD POSNER**

Juiz de Fora

2014

Keylla dos Anjos Melo

Problemas na Aplicação do “Cram Down” Brasileiro: Uma Proposta Alinhada à Teoria de Richard Posner

Relatório final da monografia de conclusão de curso apresentado à Comissão de Monografia da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como um dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel.

Profa. Orientadora: Ma. Maíra Fajardo Linhares Pereira

Juiz de Fora

2014

Keylla dos Anjos Melo

**Problemas na Aplicação do “Cram Down” Brasileiro: Uma Proposta Alinhada à Teoria
de Richard Posner**

Relatório final da monografia de conclusão de curso apresentado à Comissão de Monografia da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como um dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel.

Aprovada em 07 de fevereiro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Maíra Fajardo Linhares Pereira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Flávio Henrique Silva Ferreira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Sérgio Marcos Carvalho de A. Negri
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico este trabalho ao Professor
Fabrício de Souza Oliveira. Sem seus
incentivos, a realização desta pesquisa
jamais seria possível.

AGRADECIMENTOS

Aos meus queridos pais, pelo amor incondicional, apoio e dedicação eterna à formação e união de nossa família. À minha Vó Jandira, minha segunda mãe, por todo o carinho e paciência. À minha irmã Kelly, por ser desde sempre meu exemplo de inteligência, perseverança, o que me impulsiona a buscar novos desafios. Aos meus avós e padrinhos Tertuliano e Conceição, por me incentivarem sempre a galgar meus objetivos. Ao meu amor Gustavo, pelo apoio em toda as horas e principalmente pela alegria proporcionada todos os dias. Ao meu grande amigo Thiago, por ser um verdadeiro irmão durante esses cinco anos de faculdade. Aos amigos André, Aline, Breno, Bruno, Fábio, Henrique, Mário, Nathalie e Thaísis, pela fiel amizade.

“A mente que se abre a uma nova
ideia, jamais voltará ao seu tamanho
original.”

Albert Einstein

RESUMO

O livre exercício da atividade econômica é um direito assegurado na Constituição Federal de 1988. Todavia, é sabido que o desenvolvimento desta atividade pressupõe um fator de risco, determinado por situações - de caráter político, econômico ou social - muitas vezes alheias à vontade do empresário. Assim, em casos de crise, mostra-se necessária a intervenção estatal no sentido de harmonizar os diversos interesses do conjunto de atores responsáveis pelo desenvolvimento desta atividade econômica, apresentado como possíveis soluções seja um plano elaborado para a continuidade da empresa, seja a extinção desta no caso de inviabilidade. Nesse sentido, o presente trabalho tem por finalidade analisar as mudanças trazidas pela Nova Lei de Falências (Lei 11.101/05), em especial quanto à introdução dos mecanismos de recuperação judicial e de participação dos credores no processo de recuperação judicial. Estudar-se-á, pois, a possibilidade de reconhecimento da existência do instituto jurídico do *Cram Down* no sistema falimentar brasileiro, bem como suas possíveis implicações, a partir de uma perspectiva de análise econômica do Direito de Richard Posner.

Palavras-Chave: Direito Empresarial; Nova Lei de Falências (Lei 11.101/05); Recuperação Judicial; *Cram Down*.

ABSTRACT

The free exercise of economic activity is a constitutionally guaranteed right. Nevertheless, is known that the development of this activity assumes a risk factor, determined by situations – political, economic and social- often outside the control of the business person. Thus, in case of crisis, it is necessary the state intervention in order to harmonize the various interests of all actors responsible for the development of economic activity, presented as possible solutions is an elaborate plan for the continuity of the company, is the extinction of this in the case of unviable. In these terms, this study aims to analyze the changes resulted from the New Bankruptcy Law (11.101/05), especially regarding the introduction of judicial reorganization and participation of creditors in this procedure. Thus, this article studies the possibility of recognition of the existence of “Cram Down” in the Brazilian bankruptcy system, as well as its possible implications, from a perspective of Law and Economics defended by Richard Posner.

Keywords: Business Law; New Bankruptcy Law (11.101/05); Judicial Reorganization; Cram Down.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A ANÁLISE ECONÔMICA NA PERSPECTIVA DE RICHARD POSNER.....	11
3 OS FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA.....	14
4 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	15
5 O SISTEMA FALIMENTAR BRASILEIRO	17
6 A NOVA LEI DE FALÊNCIAS E DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS (LEI Nº 11.101/05).....	18
7 O <i>CRAM DOWN</i>.....	20
8 O <i>CRAM DOWN</i> NO BRASIL	23
9 A SOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA.....	25
10 A SOLUÇÃO SEGUNDO AS IDEIAS DE RICHARD POSNER.....	28
11 CONCLUSÃO	29
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	30

1 INTRODUÇÃO

O objeto fundamental do estudo consiste na análise dos problemas decorrentes da aplicação do “cram down”, como normatizado pela Lei n. 11.101/05. Por problemas, aqui se considera as eventuais discrepâncias entre a função do instrumento jurídico, pensado em sede abstrata e teórica, e os resultados por ele alcançados quando da aplicação da norma jurídica que o positivou.

O “cram down” é instrumento jurídico de origem americana e consiste em uma faculdade dada ao juiz em aprovar o plano de recuperação judicial rejeitado por alguma classe de credores, desde que se verifique a viabilidade econômica daquele plano e a necessidade de se tutelar o interesse social vinculado à preservação da empresa.

Contudo, o “cram down”, tal qual positivado no Direito brasileiro, é instrumento jurídico demasiado limitado, não permitindo que o Juiz consiga, por meio da sua aplicação, corrigir eventuais falhas apresentadas, em concreto, pelo sistema de assembleia de credores na Recuperação Judicial, o que leva, em alguns casos julgados pelos Tribunais brasileiros, a uma aplicação inadequada de outro instrumento da dogmática jurídica: o abuso de direito, figura inadequada para normatizar a realidade da dinâmica dos interesses dos credores envolvidos na estrutura assemblear do processo de recuperação judicial. Portanto, a questão-problema analisada no presente trabalho parte da análise das seguintes perguntas: foi o “cram down” realmente recepcionado pela legislação falimentar brasileira? Isto é, há no sistema de falência brasileiro a aplicação do referido instituto da maneira como este foi pensado *a priori*? Se não, o que poderia ser feito para que essa aplicação aconteça?

A partir desses questionamentos, procura-se responder essas indagações e propor como solução uma aplicação mais ampla do supracitado instituto, considerando as ideias de Richard Posner, deixando de lado a visão legalista utilizada pela maior parte da jurisprudência brasileira.

Nesse sentido, a importância deste trabalho consiste justamente em apresentar uma outra solução para o problema, qual seja: a aplicação do “Cram Down” numa perspectiva mais ampla, inserida nas ideias defendidas por Richard Posner. Segundo esse autor, as decisões judiciais devem ser pautadas pela razoabilidade, sendo essa inclusiva dos

(...) termos da lei, os precedentes e todos materiais convencionais da decisão judicial, inclusive aquelas virtudes prudenciais familiares aos advogados, como a sensibilidade aos limites do conhecimento judicial e à conveniência da estabilidade do Direito (POSNER: 2007, p. 176).

Em outras palavras, este artigo objetiva solucionar a referida questão- problema a partir de considerações embasadas na Teoria da Análise Econômica do Direito de Posner, que vê no Juiz, quando diante de casos difíceis, *um formulador de políticas públicas, e não o de um canal de decisões sobre políticas públicas tomadas em outras partes do sistema político (POSNER: 2007, p. 177).*

O trabalho partirá de uma breve análise do marco teórico utilizado, abordando em capítulo seguinte os fundamentos constitucionais da ordem econômica, no sentido de contextualizar o trabalho ao ambiente de mercado normatizado, em que devem ser preservados os estímulos à livre iniciativa, às liberdades individuais, ao mesmo tempo em que estabelece a função social da empresa como estímulo à atividade econômica.

O terceiro capítulo do interesse social imanente à atividade empresária, a função social, tendo em vista o relevante papel que a atividade produtiva desempenha no ambiente social.

Posteriormente, no quarto capítulo, será examinado o histórico do sistema falimentar brasileiro e no quinto capítulo a Nova Lei de Falências e suas principais inovações.

Em seguida, o capítulo sexto abordará o instituto do “cram down” em sua formulação original. E o sétimo capítulo, a aplicação deste mecanismo no Brasil.

No oitavo tópico será apontada a solução do problema apresentado segundo a jurisprudência brasileira. E no nono capítulo será apresentada a solução sugerida, isto é, a aplicação do mencionado instituto segundo as ideias de Richard Posner. Por fim, o último capítulo consiste na conclusão deste trabalho.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica contou com a consulta da doutrina em Direito Comercial e de Empresa, nacional e estrangeira. A pesquisa documental consistiu em consulta às leis que tratam da recuperação de empresas e da concordata, anteriores e vigentes, bem como em consulta às leis dos países

estrangeiros que foram objeto deste estudo.

2 A ANÁLISE ECONÔMICA NA PERSPECTIVA DE RICHARD POSNER

No início da década de 1960, a história do direito passou por um momento em que, diante de um contexto de conflitos étnicos e divisões econômicas, o consenso jurídico e político defendido pela visão moderna do direito não mais refletia o comportamento social. A crise de confiança gerada pelo descompasso entre direito e a realidade levantou questões metodológicas sobre as fundamentações normativas e conceituais do direito (ARRUDA: 2011).

Diante disso, um dos movimentos que ofereceu novos (o quê) sobre o direito e o processo decisório foi a Análise Econômica do Direito (AED), segundo a qual os problemas jurídicos não poderiam ser resolvidos vendo o direito como disciplina autônoma, devendo ocorrer, assim, uma maior interdisciplinaridade do direito, em especial quanto à aplicação de teorias e métodos empíricos da economia ao sistema jurídico.

A presença de uma racionalidade econômica, orientada no sentido da busca pela eficiência, atribui ao sistema jurídico um caráter instrumental. Logo, partindo de uma lógica econômica liberal, o Direito deve exercer a função de eliminar as falhas que impedem o equilíbrio espontâneo do mercado. E em não sendo possível esse equilíbrio, caberá ao juiz ou ao legislador atuarem como um mercado simulado, adotando soluções eficientes diante de eventuais obstáculos.

A AED procura explicar o comportamento dos indivíduos ante às normas jurídicas e seus potenciais efeitos. E desta orientação, derivam três conceitos básicos, segundo o posicionamento da Escola de Chicago.

O primeiro é a relação inversa entre preço e a quantidade da demanda. Por meio dessa lei microeconômica, explica-se a maneira mais comum segundo a qual o Direito influencia o agir humano, isto é, controlando o “preço” que se paga por determinada conduta. (OLIVEIRA: 2003, p. 26)

Outro conceito básico importante é o chamado custo de oportunidade, definido como a remuneração alternativa de um fator no mercado, levando em conta as suas características. Considerando um ambiente de recursos escassos, só se pode satisfazer uma necessidade se deixar de satisfazer outra. Assim, o custo de oportunidade de um bem ou

serviço é o a quantidade de outros bens ou serviços a que se deve renunciar para obtê-los, o que introduz uma análise custo-benefício das alternativas de eleição que possui o jurista. (ALBUQUERQUE: 2006)

O terceiro conceito é o de que as escolhas dos agentes econômicos são baseadas na adequação racional e eficiente dos fins aos meios, ou seja, representa o equilíbrio eficiente provocado espontaneamente pela atuação racional do indivíduo, que tende a mudar sua situação atual somente quando existir a possibilidade de maximizar seu bem-estar.(RAMOS: 2005, p.12)

A partir das diretrizes interdisciplinares bem como da análise dos custos de transação lançada pelo economista Ronald Coase, Richard Posner consolidou no início da década de setenta o que hoje é chamado de Law & Economics ou Escola de Chicago, utilizando-se de linguagem e conceitos da ciência econômica para definir o sistema da *common law* norte-americana e propondo, como teoria geral, uma análise econômica do direito.

Nesse sentido, Richard Posner configura-se como um dos precursores da Escola de Chicago de Análise Econômica, utilizando-se de linguagem e conceitos da ciência econômica para definir o sistema da *common law* norte-americana e propondo, como teoria geral, uma análise econômica do direito.

A primeira fase da Escola de Análise Econômica do Direito acabou por tomar uma direção ao formalismo jurídico, substituindo o conceitualismo jurídico pelo conceitualismo econômico (ARRUDA: 2011, p.79). Nesse contexto, a tentativa de flexibilização de Posner será determinante para reavaliar as pretensões de cientificidade e objetividade do movimento, mantendo-o atualizado com o pensamento jusfilosófico que insere novos posicionamentos sobre o tema.

Há, portanto, num segundo momento, a consideração da eficiência e maximização de riquezas não como fundamentos, mas como instrumentos avaliadores das decisões, regras e instituições jurídicas. Nesta tela, Posner (POSNER in TEIXEIRA; OLIVEIRA: 2010, p. 276) esclarece que o critério para definição da AED deve ser a utilidade e não a precisão:

Assim como ocorre com qualquer termo não referencial e não conceitual, o único critério possível para a definição do que representa a análise econômica do Direito é utilidade, não a precisão. O propósito de se destacar um campo delimitado e chamá-lo análise econômica do Direito (ou

melhor, por ser mais claro, Economia do Direito) é identificar um área da pesquisa econômica na qual o conhecimento substancial do Direito, em seus aspectos tanto doutrinários quanto institucionais, possa ser relevante. Muitos problemas econômicos nessas áreas do Direito, como tributação e relações trabalhistas, não exigem muito conhecimento jurídico para serem resolvidos. Mesmo que os tributos somente possam ser fixados por meio de leis, na maior parte das vezes, os detalhes da lei tributária ou não são relevantes para o analista- por exemplo, quando se questiona qual seria o efeito das doações em caridade na redução dos parâmetros de tributação da renda – ou são transparentes e não problemático. (grifo nosso)(POSNER, 2010)

Sendo assim, a eficiência é agora entendida numa visão mais ampla, consequencialista, podendo ser tomada por qualquer conteúdo- economia, hermenêutica, retórica, filosofia- desde que seja viável.

Dessa forma, o referido autor adota a concepção do pragmatismo como uma orientação voltada para o futuro, contrapondo-o ao compromisso que o juiz teria com o precedente, característico do positivismo jurídico. Inosbtante, não desconsidera a coerência entre as decisões atual e passada como garantidora da segurança jurídica. Para Posner, os juízes, ao decidirem os casos, criam a teoria do direito, sendo isso, portanto, o que magistrados fazem, bem como a previsão do que farão.

Assim, Posner defende que as decisões judiciais devem ser pautadas pela maximização de riquezas – entendida como eficiência - e pela análise de políticas públicas, permitindo-se, assim, um julgamento amplo (político e econômico):

O juiz deve fazer uma escolha entre políticas públicas, e a escolha é ditada pelos resultados do levantamento e da avaliação das consequências das opções alternativas: consequências para o Estado de Direito, para as partes, para a economia, para a ordem pública, para a civilização, para o futuro- em suma, para a sociedade(POSNER, 2007).

É sabido que os sistemas legais – *commom law e civil law*- possuem limitações quanto à sua aplicação: no *commom law*, o sistema de decisões restringe-se ao precedente, enquanto que na *civil law* a subsunção restringe-se à lei. Eventualmente, surgem casos difíceis nos quais ambos os sistemas mostram-se insuficientes para solucionar: seja por haver um distância significativa entre o resultado prático encontrado e a aplicação da lei, no caso do *civil law*, ou mesmo pela existência de um grande espaço de discricionariedade para o juiz, no

caso do *commom law*. Logo, diante de casos difíceis, o melhor critério a ser adotado é o consequencialista, na medida em que propõe a mensuração dos possíveis resultados advindos das possíveis escolhas (decisões), substituindo, assim, a lógica formal da subsunção pela maximização dos resultados possíveis.

Assim, a decisão dos casos jurídicos difíceis é, pois, muito frequentemente uma forma de análise de políticas públicas e não o produto de uma metodologia específica de raciocínio jurídico.

3 OS FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

De acordo com Canotilho (CANOTILHO: 2003, p. 45-50), o Estado não se configura como um mecanismo próprio de fins autônomos, e sim na presença do conjunto “poder-normas-domínio”, segundo o qual “sistema social” seria gênero, tendo como espécies o direito e a política. Assim, a existência do Estado pressupõe a organização da comunidade e do poder. Nesse contexto, a Carta Magna Brasileira de 1988 refletiu, diante da então perspectiva histórica ditatorial, os anseios sociais por um Estado Democrático de Direito, consubstanciados em ideais de um constitucionalismo social, de forma a preconizar inclinações liberais e estatizantes, deixando o Estado de agir em questões estritamente políticas para atuar em conformidade com o bem comum da sociedade.

Diante do exposto, a Carta Maior de 1988, em seu artigo 170¹, estabelece um conjunto de princípios que regem a ordem econômica no Brasil, bem como seus fundamentos.

¹ O Art. 170 assim dispõe: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

O objetivo desta disposição é justamente propiciar ao Estado a prerrogativa de direcionamento do sistema econômico nacional por meio de fiscalização, incentivo e planejamento das atividades econômicas.

Nesse sentido, a Carta Magna prescreve que a ordem econômica terá como bases dois fundamentos: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Apesar da aparente contradição existente, os referidos fundamentos funcionam como ponto de partida para a ponderação da atuação estatal com intuito de atingir as diretrizes constitucionais. A realização dessa difícil harmonização é feita tomando-se por base direitos fundamentais, isto é, é necessário atender a uma ética geral vinculante segundo a qual todas as atividades – públicas, privadas, sociais e econômicas – devem acatar tais princípios constitucionais.

Assim, essa aparente contradição deve ser entendida, conforme preceitua Eros Grau, como um caso de concordância prática, isto porque o enaltecimento do trabalho como valor social pretende a conciliação e a compatibilização dos titulares do capital e do trabalho, num potencial transformador da sociedade.

4 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A partir do estabelecimento do Estado Democrático de Direito no Brasil, marcado pela Constituição da República de 1988, não se pode falar em atividade empresária separada de objetivos sociais.

Segundo Orlando Gomes (GOMES: 1953) a função social tem origem intimamente ligada ao instituto do abuso do direito, considerando assim que todo direito corresponde a uma determinada função, isto é, a uma finalidade, e que, caso seu exercício ultrapasse esta finalidade, estar-se-ia diante de um abuso de direito.

Sendo assim, num primeiro momento, o instituto foi utilizado para solucionar questões que envolviam o conceito de direito subjetivo da época. Todavia, posteriormente, a partir das críticas e retomada do conceito por *Duguit*, a concepção subjetivista caiu por terra, entendendo-se a função social como uma forma legitimadora da ordem jurídica,

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

possibilitando a todos o poder de usar e desfrutar de uma coisa para que o exercessem em benefício de todos. (OLIVEIRA:2008)

Atualmente, supera-se esta concepção sob o argumento de não se tratar de uma socialização da propriedade, mas sim do nascimento de novos direitos individuais. Desse modo, o sentido de restrição imposta à propriedade ocorre devido ao reconhecimento de direitos extra-patrimoniais.

Assim, sob uma perspectiva da Escola do Direito e da Economia, pode-se afirmar que não há direito que não seja social e, portanto, não há instituto jurídico que não seja formado uma função social objetiva. A partir dessas considerações, deve-se entender a função social da empresa como uma externalidade positiva ao seu próprio funcionamento (OLIVEIRA: 2008).

De acordo com Rachel Sztajn (SZTAJN: 2006), a melhor interpretação da constituição econômica deve entender os direitos assegurados no art. 170 como direitos relativos na medida em que sujeitos à função social da propriedade.

Desse modo, seguindo as ideias defendidas pela Análise Econômica do Direito, a própria existência do direito implica necessariamente em um custo e numa associação com a ideia de eficiência. Assim, assumindo o entendimento atual de que o mercado não é espontâneo e sim uma criação do homem e do próprio direito, a esse resta, portanto, soluções de eficiência.

Entende-se eficiência como utilidade (OLIVEIRA:2008, p. 37) e, conseqüentemente, conjugando-se a função social a ideia de uso devido. A essa significação de uso possibilita o entendimento da função econômica de empresa como ganho de utilidade para o mercado, tendo em vista ser a empresa estrutura organizada e hierarquizada apta a produzir, em determinados casos, de forma mais eficiente quando comparada à produção no mercado, ou quando utilizadas formas híbridas (contratos, por exemplo). Esse valor econômico, entendido como ganho de utilidade para o mercado, insere-se na ideia de uso devido quando torna-se capaz de gerar também um ganho de bem estar social, isto é, as externalidades positivas causadas pela exploração da atividade econômica organizada empresarialmente preenche o conteúdo de significado da função social da empresa.

Sabe-se que o desenvolvimento pleno da atividade econômica pressupõe um fator de risco, determinado por situações - de caráter político, econômico ou social - muitas vezes alheias à vontade do empresário. A partir dessa lógica, tomando-se por base a referida função social da empresa, criam-se instrumentos de preservação desta que representam interesses sociais e econômicos (externalidades positivas) que ultrapassam a esfera individual do empresário, atingindo, deste modo, a sociedade como um todo.

A compreensão da função econômica e social da empresa enseja, portanto, no reconhecimento pelo Estado do conteúdo valorativo associado à própria existência da empresa, o que, por derradeiro, justifica a idéia de que sua preservação interessa à coletividade, que pode, por sua vez, vir à suportar algum custo nessa preservação. (OLIVEIRA: 2008, p. 18)

5 O SISTEMA FALIMENTAR BRASILEIRO

A origem etimológica da palavra “falência” vem do latim *fallentia* (OLIVEIRA:2009). O verbo latim *fallere* significa faltar com a palavra, enganar, falhar, esconder, encobrir. A expressão, incorporada na linguagem técnica-jurídica, revela a impossibilidade culposa ou fraudulenta do devedor pagar suas dívidas e cumprir suas obrigações, em decorrência de insuficiência patrimonial, ou, financeira.

No Brasil, o instituto da falência se divide basicamente em três momentos históricos: períodos colonial, imperial e republicano (ALMEIDA: 2009). No período colonial, aplicavam-se as ordenações do reino, sendo especificamente a filipina apontada como a de maior relevância. Neste sistema de direito, sendo condenado, o devedor, caso não fossem penhorados bens que bastassem para a sua condenação, poderia ser preso até que quitasse integralmente sua dívida. Além disso, distinguiam-se os mercadores honestos dos desonestos, inabilitando os últimos ao comércio e impondo-lhes penas que poderiam chegar até a pena de morte na hipótese de não solverem suas dívidas (ARAÚJO: 2010, p.12).

Mesmo após a Proclamação da Independência, a legislação falimentar recebida de Portugal continuou a vigorar no Brasil, fortemente influenciada pelo Código Napoleônico. Somente com o advento da República surgiram novas legislações tais como o Decreto n. 917,

de 24 de outubro de 1890, na tentativa de modernização do direito falimentar da época (SOUZA: 2013).

Outra alteração significativa veio com o advento do Estado Novo no Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, que reforçou os poderes do juiz no processo falimentar, diminuindo a influência dos credores. Além disso, as concordatas preventiva e suspensiva perderam sua natureza jurídica de contrato, passando a serem tratadas como um benefício concedido pelo Estado, através do magistrado ao devedor.

O objetivo do Decreto-Lei nº. 7.661/45, conhecido como a antiga Lei de Falências, era retirar do mercado uma empresa nociva à economia, seja por sua má administração, seja pela inviabilidade de seu negócio. Todavia, na prática, era restritamente utilizada para a simples cobrança de dívidas e satisfação do credor.³

Tomando-se por base estas considerações históricas, observa-se que a origem do instituto falimentar está intimamente ligada à proteção do crédito (OLIVEIRA:2008, p. 68), e este, visto como desenvolvimento do comércio, marco do desenvolvimento mercantil, conseqüentemente passa a ter proteção calcada no interesse coletivo.

Posteriormente, a partir do crescente processo de globalização econômica e o aumento populacional brasileiro, percebeu-se a necessidade de uma lei que facilitasse a continuidade da empresa e não seu desaparecimento. Assim, foi promulgada, em 09 de fevereiro de 2005 a Lei 11.101 com objetivo de atender as demandas dessa nova realidade.

6 A NOVA LEI DE FALÊNCIAS E DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS (LEI Nº 11.101/05)

A Lei 11.101/05 possui como normas norteadoras de sua aplicação: preservação da empresa; separação dos conceitos de empresa e de empresário; retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; proteção aos trabalhadores; redução do custo do crédito no Brasil; celeridade e eficiência dos processos judiciais; segurança jurídica;

³Para uma leitura mais aprofundada sobre a história da do instituto da falência: OLIVEIRA, Gleick: Falência: conhecendo a história para se construir um futuro pautado na certeza. Rev UEPB, ANO?, Acesso em :<http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/viewFile/499/294> em 22 fev 2013

participação ativa dos credores; maximização do valor dos ativos do falido; desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.⁴

Diante das funções do sistema falimentar referidas, pode-se constatar que o novo diploma legal dá ênfase à recuperação judicial e extrajudicial das empresas, podendo, em caso de dificuldade de liquidez, fazer um projeto de recuperação sem solução de continuidade de suas atividades.

A recuperação das empresas substituiu a antiga concordata, que era uma prerrogativa dada aos devedores em dificuldade, com a finalidade de preservar a empresa, de pagar suas dívidas em condições privilegiadas dentro de um prazo de até dois anos e cuja concessão dependia do atendimento de determinados requisitos e pressupostos.⁵ Todavia, como o comerciante poderia decidir unilateralmente sobre o pedido e a forma de pagamento, independentemente da concordância dos credores, o que se observava era que a concordata privilegiava um determinado comerciante, e em contrapartida, conduzia seus credores ao regime falimentar.

De forma inovadora, o instituto da recuperação na Nova Lei de Falência previu duas maneiras para a reestruturação da empresa: a recuperação extrajudicial e a judicial. Essa segunda é realizada de maneira rígida, posto que se perfaz sob o controle do poder Judiciário, e poderá atingir grande parte dos credores.

A grande modificação trazida pela Lei 11.101/05 foi o deslocamento do centro de decisão sobre a viabilidade da empresa em recuperação – a decisão deixa de ser do juiz e passa a ser dos credores, reunidos em assembleia. Todavia, essa nova estratégia institucional acaba, também, por alterar a natureza do julgamento sobre a crise – deixa de ser um

⁴ Os referidos princípios foram destacados pelo relator do PLC nº 71/2003, Senador Ramez Tebet, como os orientadores da nova lei de falências que viria a ser aprovada em 2005 (Lei 11.101).

⁵ O decreto lei nº 7.661/45 em seu art. 40 dispunha:

“Art. 40: Não pode impetrar concordata:

I - o devedor que deixou de arquivar, registrar, ou inscrever no registro do comércio os documentos e livros indispensáveis ao exercício legal do comércio;

II - o devedor que deixou de requerer a falência no prazo do art. 8º;

III - o devedor condenado por crime falimentar, furto, roubo, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, concorrência desleal, falsidade, peculato, contrabando, crime contra o privilégio de invenção ou marcas de indústria e comércio e crime contra a economia popular;

IV - o devedor que há menos de cinco anos houver impetrado igual favor ou não tiver cumprido concordata há mais tempo requerida.”

juízo jurídico e passa a ser uma decisão econômica. Os credores poderão recusar, alterar ou aprovar o plano de recuperação judicial oferecido pelo devedor. Essa decisão assemblear antecederá e fundamentará a decisão jurídica que concederá ou não a recuperação judicial do empresário ou da sociedade empresária.

O art. 45 da Lei 11.101/05 estabelece as formas de aprovação dos planos de recuperação judicial:

Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

§ 1º-Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

§ 2ºNa classe prevista no inciso I do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

§ 3ºO credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quorum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito.

No caso de rejeição do plano previsto no referido dispositivo, surge a possibilidade de aprovação do plano de recuperação judicial pelo juiz, desde que atenda aos requisitos do art. 58, 1º desta Lei:

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

Esse último dispositivo legal introduz o instrumento do “Cram Down” no sistema falimentar brasileiro.

7 O CRAM DOWN

O *Cram Down* origina-se do direito americano e consiste em uma faculdade dada ao juiz em aprovar o plano de recuperação judicial rejeitado por alguma classe de credores,

desde que se verifique a viabilidade econômica daquele plano e a necessidade de se tutelar o interesse social vinculado à preservação da empresa. O termo aduz, portanto, a ideia de imposição, podendo ser entendido, de acordo com tradução de Fábio Tokars⁶, como “empurrar goela abaixo”, referindo-se ao fato de que alguns credores, mesmo em desacordo ao plano, devem se submeter à decisão de aprovação do plano pelo juiz.

Como bem elucidada Mark J. Roe:

Em algumas organizações não há espaço para qualquer poder de barganha na falência. Alguns requerentes podem formalmente rejeitar o plano. Quando o processo de negociação se rompe, o tribunal deve entrar na briga e valorizar a empresa. O tribunal pode impor um plano em uma classe dissidente - empinar-se, no jargão falência - desde que os dissidentes receber uma indenização igual ao montante do seu pedido ou participação na empresa, ou o tribunal considerar que o valor da empresa é muito pequeno para chegar até a camada dos dissidentes na estrutura de capital.⁷(ROE, v. 83, 1983, p 558)(tradução livre)

O instituto também é conhecido como *washout* (RESTIFEE:2006, p. 392,393) entendido como “eliminação”, tendo em vista o descarte pelo juiz dos votos que rejeitam o plano, ou “diluição”, na medida que a decisão judicial dissolveria o repúdio manifestado pela maioria.

Como já elucidado, a aprovação do plano de recuperação depende do preenchimento de determinado quórum de credores e acionistas. Todavia, a observância desse quórum de aprovação não é condição bastante em si para aprovação do plano. Além da exigência desse quórum, o plano deverá passar pelo exame do magistrado, que verificará a existência de requisitos para a chancela do plano.

Em não havendo aprovação do plano, este deverá passar de igual modo pela apreciação do juiz. Ou seja, independentemente do resultado da assembleia de credores, o juiz examinará o plano apresentado.

⁶Tokars permite-se traduzir a expressão *cram down* em seu artigo “As Limitações De Aplicação do “Cram Down” Nas Recuperações Judiciais Brasileiras”. Disponível em: <<http://porleitores.jusbrasil.com.br/noticias/2508142/as-limitacoes-de-aplicacao-do-cram-down-nas-recuperacoes-judiciais-brasileiras>> Acesso em 22 fev. 2013

⁷ No texto original: “*In some organizations no bankruptcy bargain takes place. Some claimants may formally reject the plan. When the bargaining process breaks down, the court must enter the fray and value the enterprise. The court can force a plan on a dissenting class – cram down, in bankruptcy jargon – as long as the dissenters receive compensation equal to the amount of their claim or stake in the enterprise, or the court finds that the value of the firm is too small to reach down to the dissenters’ layer in the capital structure.*”

Nesse sentido, eventualmente haverá planos em que mesmo diante da rejeição pelos credores ou legitimados, o juiz poderá, dependendo da existência de determinados requisitos, utilizar o *cram down* e aprovar o plano.

O instituto do *cram down* funciona, assim, como uma forma de superação do veto. Contudo, para a aplicação do instituto é preciso que a proposta do plano de recuperação recusada seja: justa, equitativa, viável e não implique em injusta discriminação entre credores⁸. Desse modo, observa-se uma judicialização de uma decisão econômica. Juliano Capello de Souza (DE SOUZA: 2012), citando Richard Maloy, esclarece que o requisito da proibição da discriminação injusta consiste em um conceito aberto dirigido às relações horizontais, isto é, trata-se de uma garantia aos credores de igual categoria, para que não haja previsão de pagamentos injustamente diferenciados pelo plano.

Por outro lado, o requisito do plano justo e equitativo refere-se às relações verticais entre as classes de credores, de forma a preservar o equilíbrio entre todos os envolvidos na reorganização, o plano de reorganização deve, portanto, prever necessariamente uma condição mais vantajosa, ou no mínimo igual, àquela que teria o credor na hipótese de liquidação da empresa sob pena de um único credor arruinar um plano caso demonstre que sua condição na reorganização será pior que no caso de liquidação. (DE SOUZA:2012)

O último requisito – o da viabilidade – refere-se tanto à exequibilidade deste, como também de sua capacidade de projetar uma reorganização da sociedade que permita o retorno ao curso normal de atividades, possibilitando arcar com suas obrigações, ou seja, satisfazendo uma capacidade razoável de produzir lucros no futuro.

Sendo assim, o *cram down* poderá ser aplicado sempre que o julgador, examinando cuidadosamente o plano, observe a convergência deste para com os referidos critérios, devendo ultrapassar o veto dos credores e julgar pela aprovação do referido plano.

⁸ Nos termos da Section 1129 (b), USC: “o tribunal, a pedido do proponente do plano, deverá confirmar o plano, não obstante os requisitos de tal parágrafo, se o plano não discrimina injustamente, e é justo e equitativo, em relação a cada classe de reivindicações ou interesses que é prejudicada e não aceitou o plano”(tradução livre). No texto original: “*the court, on request of the proponent of the plan, shall confirm the plan notwithstanding the requirements of such paragraph if the plan **does not discriminate unfairly, and is fair and equitable**, with respect to each class of claims or interests that is impaired under, and has not accepted, the plan.*”

8 O CRAM DOWN NO BRASIL

O instituto do *cram down*, originário do ordenamento jurídico norte-americano, influenciou as leis falenciais de vários países, inclusive o Brasil. Contudo, conforme exposto, sabe-se que o modelo brasileiro previsto no §1º art. 58 da Lei 11.101/05, para ser aplicado, impõe a observância de determinados requisitos formais que condicionam a atuação do magistrado, o que origina diversas críticas doutrinárias quanto à eficaz aplicação do instituto no Brasil.

A divergência quanto à efetiva introdução deste instituto no sistema brasileiro ocorre devido aos diversos limites estabelecidos pela própria lei, de maneira a limitar a decisão judicial sobre o *cram down*, evitando, de um lado, permitir ao juiz um amplo espectro de julgamento e de fundamentação de suas decisões (o que, na prática, o liberaria para fazer escolhas políticas e econômicas e assim fundamentar suas decisões), e, de outro lado, acaba por esvaziar o referido instituto. Isto porque, a decisão que se sobrepõe à reprovação do plano não se funda no interesse social, mas sim na verificação de uma espécie de quórum alternativo de deliberação que, na realidade, mostra-se muito semelhante àquele de aprovação. Vide art. 58 da Lei 11.101/05:

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

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

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

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

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

Diante disso, as críticas que a doutrina brasileira⁹ tem feito ao instituto são: de que houve um ‘engessamento’ do juiz, ao estabelecer-se uma regra rígida e hermética de quorum do *cram down*; e no que se refere à divisão das classes, de modo que uma minoria dissidente poderá impor veto ao plano, em determinadas condições.

Em outras palavras, o grande problema da aplicação do “Cram Down” no sistema jurídico brasileiro refere-se ao fato de que a Teoria Jurídica Falimentar, elaborada de acordo com o direito posto, limita a decisão sobre a concessão da recuperação judicial exclusivamente a um fundamento jurídico, elegendo critérios que vinculam a decisão judicial à decisão assemblear daqueles que sofrem com maior intensidade os efeitos da medida recuperatória (dos credores, portanto), porém, essa fórmula jurídica não é capaz de, em concreto, resolver um problema estrutural da recuperação judicial brasileira na medida em que esse grupo de credores, atendendo a interesses próprios (o que em si não é um problema, mas um pressuposto do sistema) acaba por controlar e determinar tais decisões.

Ademais, como exposto no item anterior, é sabido que o modelo original americano de *cram down* pressupõe o atendimento aos pressupostos de que a proposta não implique em injusta discriminação entre credores; de que seja justa e equitativa e viável – *unfair discrimination, fair and equitable; feasible*.

Quanto ao requisito do *unfair discrimination*, que aduz a impossibilidade de discriminação entre credores em iguais condições, Juliano Capello de Souza (DE SOUZA: 2012, p.16) defende que, apesar de a lei falimentar brasileira ser orientada pelo Princípio da *Par Conditio Creditorum* (Paridade de Condições entre Credores), a lei brasileira não proíbe a

⁹ Como ensina Alberto Camina Moreira, “o *cram down* brasileiro é legalista, fechado, e não dá margem ao juiz para a imposição de plano que possa recuperar a empresa a despeito da discordância dos credores”, ou seja, “a lei brasileira não confere ao juiz nenhuma margem de discricionariedade para a imposição de um plano aos credores discordantes”, bastando “verificação aritmética do resultado da assembléia” (MOREIRA: 2005, pp. 257-259). Eduardo Secchi Munhoz aborda o tema assinalando que “a lei brasileira, em tema de *cram down*, adotou um regime que se afasta das diretrizes geralmente reconhecidas como válidas, revelando a clara preocupação de limitar o poder do juiz” e preferindo “adotar critérios vinculados à obtenção de determinado número de votos na assembléia geral (art. 58, §1º, incs. I a III), acrescidos apenas da exigência de tratamento uniforme nas relações horizontais da classe que rejeitou o plano”. Isto é, “na prática, portanto, como já afirmado, o art. 58, §1º, encerra quase que um quorum alternativo para a aprovação do plano em relação ao quorum estabelecido no art. 45, com o agravante de que, no sistema daquele dispositivo, não há nenhuma proteção à *absolute priority rule*” (MUNHOZ: 2007, p. 289)

previsão de pagamento diferenciado pela mesma classe de credores, o que afasta a aplicação deste requisito presente na lei americana no sistema falimentar brasileiro.

No que diz respeito ao pressuposto do *fair and equitable*, voltado para as relações verticais e marcado pelo princípio da prioridade absoluta, segundo o qual não é possível que o plano privilegie credores tidos pela Lei como preteridos na ordem de preferência de pagamento no processo de falência, o referido autor entende pela sua inexistência na legislação brasileira tendo em vista que não há na lei 11.101/05 qualquer regra que proíba a discriminação entre classes de credores.

Quanto ao requisito *feasible* – viabilidade -, a partir da análise da legislação brasileira, percebe-se que o juízo de viabilidade, além de condicionado ao quórum mencionado anteriormente do art. 58, é utilizado pelo magistrado como simples homologação, isto é, esvaziado de conteúdo.

Diferentemente dos Estados Unidos, onde o juízo de viabilidade conta com a valiosa assistência técnica da Securities and Exchanges Commission (SEC)¹¹, possuindo o juiz amplos poderes para a condução da recuperação judicial; no Brasil, como não há qualquer assistência técnica acerca da viabilidade econômica do plano, o magistrado não possui qualquer margem de discricionariedade quando da homologação ou não do plano de recuperação, sendo, portanto, um *cram down* legalista e fechado.

9 A SOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

Diante destas dificuldades, a solução que vem sendo adotada pela jurisprudência brasileira¹² é a utilização do instituto do abuso do direito quanto àquele credor que privilegia posições exclusivamente individualistas em detrimento dos demais interesses em jogo. Contudo, este credor que age segundo seus interesses na assembleia estaria mesmo excedendo a finalidade imanente ao exercício de seu direito?

Apesar de controversa, a maior parte da doutrina remete a origem da teoria do abuso de direito ao direito romano (PEREIRA: 2001), tendo em vista os adágios aplicados na

¹¹ Mais informações sobre a Securities and Exchange Commission: Disponível em: <<http://www.sec.gov/>>. Em 25 fev 2013.

¹² Vide *Agravo de Instrumento N.º 638.631.4/1-00/TJSP*.

Roma Antiga que condenavam o uso absoluto do direito, tais como *summum ius summa iniuria* (sumo direito, suma injúria) e *male enim nostro iure uti non debemus* (não devemos usar mal de nosso direito) (CAMARGO NETO: 2008).

Todavia, o desenvolvimento satisfatório da referida teoria só ocorreu a partir do Século XIX na França, como uma contrapartida ao sistema de direitos absolutos do Código Civil Napoleônico de 1804 (AMARAL: 2009, p. 209): coube à jurisprudência o relevante papel de abrandar os rigores do Código francês e de delinear as primeiras noções do que mais tarde viria a ser conhecido por abuso de direito, aludindo a uma decisão de 1808, que condenou o proprietário de uma oficina que, no fabrico de chapéus, provocava emanações desagradáveis para a vizinhança.

O abuso de direito é adotado na legislação brasileira no art. 187 do Código Civil, que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O referido dispositivo consagrou a teoria do abuso de direito no sistema jurídico brasileiro, agregando, conseqüentemente, os demais institutos provenientes, inicialmente, do princípio da boa-fé, fazendo com que os mesmos sejam habitualmente coligados à análise de regularidade ou abusividade de determinado comportamento.

O abuso de direito advém do predomínio da vontade do titular de um direito como condutor absoluto de seu exercício, dessa forma, na literatura moderna tem servido para demonstrar a funcionalização de uma cadeia de direitos, tais como os contratos e a propriedade.

A formulação original do instituto, realizada a partir do Século XIX, reduzia-se a prevenção de um exercício de direito de maneira a não prejudicar o direito de outrem. Isto é, o entendimento do instituto reduzia-se a estabelecer limites a direitos que eram então vistos como absolutos.

Todavia, com intuito de superar o conceptualismo dos juristas do século XIX, os críticos a essa Escola Jurídica reformularam o abuso de direito, isto é, não chegaram a alcançar propriamente uma reconstrução doutrinária, mas afastaram o instituto de sua forma original, abrangendo para além de uma limitação ao exercício do direito, o exercício deste segundo os propósitos que guiaram o reconhecimento do direito pela lei. (GORDLEY:2013)

A conceituação do abuso de direito pela doutrina é ampla, no entanto, modernamente, pode-se dizer que o abuso do direito é o exercício do direito de forma a

contrariar o valor que o mesmo procura tutelar. Destarte, representaria uma violação a limites que não estão colocados na existência de direitos de terceiros, e sim em elementos típicos emanados do próprio direito, exemplificado como o seu valor ou sua função. O problema consiste justamente no fato de que muitas vezes o instituto é utilizado segundo sua formulação original, reduzindo sua fundamentação a imposição de limites ao exercício do direito quando há prejuízos ao direito de outrem.

Nesse sentido, a resistência que se aponta à solução jurisprudencial brasileira é que esta utiliza a figura do abuso de direito em sua conceituação clássica para “driblar” a previsão hermética do *cram down* no Brasil. Analisemos então a utilização da referida figura como solução ao limites estabelecidos no §1º art. 58 da Lei 11.101/05 à aplicação do *cram down*:

A agravante insiste no tema de seus embargos de declaração, interpostos em primeira instância, ou seja, o julgador teria ultrapassado os lindes do art. 58, § 1o, inciso III, da Lei n.º 11.101/2005, enfatizando que a totalidade dos credores com garantia real rejeitou o plano; logo, não houve, naquela categoria específica, mais de 1/3 (um terço) de credores favoráveis. (...)

No que concerne a esse inciso III, impende mencionar que, se uma das classes é constituída por apenas um credor, como ocorre aqui, não se pode exigir o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma do § 1o do art. 45 da Lei n.º 11.101/2005, porque, de qualquer maneira, a rejeição pelo credor único representaria sempre a decretação da falência da recuperanda e, como é sabido, a Lei n.º 11.101/2005, no aludido § 1o do art. 58, procura evitar o "abuso da minoria" (cf. expressão utilizada por Jorge Lobo, in Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, 2a edição, coordenação de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 173), isto é, que o voto desfavorável de credor único em determinada classe implique em falência da recuperanda.

Em outras palavras, havendo credor único em determinada classe, seu voto desfavorável ao plano na assembleia-geral de credores representaria sempre o não preenchimento do requisito do inciso III do § 1o do art. 58 da Lei n.º 11.101/2005.¹³(grifo nosso)

Tomando por base as considerações acima realizadas acerca da teoria do abuso de direito, percebe-se que a aplicação desta figura é realizada em sua formulação original. Contudo, pode-se observar que essa aplicação não se coaduna com os contornos teóricos do próprio instituto da maneira como aplicado, na medida em que o credor, agindo segundo os seus interesses na assembleia de credores, não ultrapassa necessariamente os limites impostos ao exercício de seu direito.

¹³Agravo de Instrumento N.º 638.631.4/1-00/TJSP.

Por outro lado, mesmo que se considere para o caso a Teoria Objetiva, o simples fato de possuir o credor participação majoritária não configura *per si* comportamento que desatenda aos fins econômico ou social, à boa-fé ou aos bons costumes. Sendo assim, a utilização do abuso de direito só seria razoável quando da prova do não atendimento de tais limites, prova essa que, na maior parte das vezes é muito difícil de se demonstrar.

Nesse sentido, a importância deste trabalho consiste justamente em apresentar uma outra solução para o problema, qual seja: a aplicação do “Cram Down” numa perspectiva mais ampla, inserida nas ideias defendidas por Richard Posner.

10 A SOLUÇÃO SEGUNDO AS IDEIAS DE RICHARD POSNER

Como bem elucidado por Posner, o movimento da Análise Econômica do Direito pode ser aplicado em qualquer área. Todavia, percebe-se que uma das áreas mais beneficiadas pelo movimento é a da regulação jurídica de mercados explícitos, possuindo exemplos nos casos da regulação de bens e utilidades públicas, fraudes, lei antitruste e falência, áreas que os tribunais regulam pela cláusula do comércio (*commerce clause*) da Constituição estadunidense. E é no direito concorrencial que o autor ilustra o exemplo de decisão judicial bem fundada¹⁶, como demonstrado adiante.

Segundo o referido autor, o primeiro passo para se decidir um caso concorrencial difícil, um caso não controlado por precedentes ou, de qualquer modo um caso não suscetível a um julgamento seguro em primeira instância, é extrair da história, dos textos legislativos relevantes, ou quando da ausência de uma direção definitiva dessas fontes, de uma concepção social, um conceito geral de direito concorrencial que sirva de diretriz para a decisão – podendo para isso utilizar-se do conceito de maximização de riquezas. A partir disso, um segundo passo é examinar os precedentes relevantes, bem como outras fontes relevantes que possam contribuir para a decisão do caso em questão. O terceiro passo é a realização de um juízo sobre políticas públicas que possibilite a adequação do caso aos princípios de

¹⁶ Posner cita como exemplos os casos *Broadcast Music, Inc vs. Columbi Broadcasting System* (1979); *Reiter vs. Sonotone Corp.* (1979); e *Matsushita Eletric Industrial Co. Vs. Zenith Radio* (1986).

maximização de riquezas. O quarto e último passo é a verificação de que o juízo de políticas públicas realizados não é anulado por precedente vinculante.

O exemplo ilustrado por Posner aduz à possibilidade de evolução da *commow law* americana quando se toma por base a eficiência como expressão jurídica de uma sistema social voltado à maximização da riqueza da sociedade.

Partindo dessa concepção da teoria do direito, o objetivo do presente trabalho é justamente aplicá-la ao instituto do *cram down* no sistema falimentar brasileiro, de modo a possibilitar que o juiz, diante de um *hard case*, realize escolhas políticas, isto é, permitindo um julgamento amplo.

Nesta esteira, os requisitos de quórum previstos no §1º do art. 58 da Lei 11.101/05 devem ser desconsiderados a fim de proporcionar a aplicação eficiente do *cram down*. Além disso, para auxiliar o juiz no julgamento acerca da viabilidade ou não da empresa, tendo em vista a limitação técnica do magistrado para aferir a exequibilidade do plano de recuperação, faz-se necessário, já que não há no Brasil um órgão composto para dar o embasamento teórico sobre a questão como ocorre nos EUA – a CVM, por exemplo, não participa do processo falimentar -, a produção de prova pericial no intuito de suprir essa necessidade.

11 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, tendo em vista a consonância do instituto do *cram down* para com os fundamentos da ordem econômica brasileira - coadunando-se assim com os princípios da preservação da empresa e função social desta - é de se ressaltar a importância de uma efetiva inserção do referido instituto em nosso sistema falimentar.

Restou comprovado que o “*cram down*”, como pensado originalmente, não foi efetivamente introduzido no sistema falimentar brasileiro, uma vez que sua aplicação é condicionada a requisitos de quórum.

Desse modo, face às dificuldades e limitações existentes na legislação falimentar brasileira quanto à aplicação ampla do “*cram down*” nas recuperações judiciais, faz-se mister utilizar-se da fundamentação teórica de Richard Posner da Análise Econômica do Direito para

possibilitar uma atuação mais ampla do judiciário, a fim de se corrigir distorções estruturais geradas pelo próprio sistema – haja vista que o julgamento da viabilidade da empresa em recuperação é feito por sujeitos credores que não são imparciais, mas que defendem interesses próprios em ambiente de escassez.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de: Curso de falência e de Recuperação de Empresas: *de acordo com a lei 11.101/05*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 6ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Editora Renovar, 2006.

ARAÚJO, Adroaldo: Lei de Falências: *um comparativo entre a antiga lei de falências e a nova lei de recuperação de empresa, aspectos positivos e negativos da alteração, uma abordagem multidisciplinar*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul/ UFRS, 2010.

ARRUDA, Thaisis Nunes de: Como os Juízes Decidem os Casos Difíceis: *A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin*. São Paulo: Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo/ USP, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado adjectivado e a teoria da Constituição, n. 3. Curitiba: ABDCons, 2003.

DE SOUZA, Juliano Capello: "Cram Down": *Uma comparação entre o US Code e a Lei 11.101/05*. Revista Fonte Universitária, Juatuba - MG, v.3, n.4, jan./jul. 2012.

GOMES, Orlando. Significado da evolução contemporânea do direito de propriedade. Revista dos Tribunais. N. 205. Nov. 1952.

MOREIRA, Alberto Camiña, Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: _____. PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.) Direito Falimentar e a Nova Lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários aos artigos 55 a 69. In: _____. Comentários à Lei da recuperação de empresas e falência: Lei 11101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Fabrício de Souza: A visão tipológica da empresa e suas repercussões no direito falimentar. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

POSNER, Richard A. O movimento análise econômica do Direito. In: TEIXEIRA, A. V.; OLIVEIRA, E.S. (Org.) *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*. Barueri, SP: Manole, 2010, p 276.

POSNER, Richard A. Problemas de Filosofia de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1ª Ed, 2007.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. Manual do novo direito Comercial. São Paulo: Dialética, 2006.

ROE, Mark J.: Bankruptcy and Debt: *A New Model for Corporate Reorganization*. Columbia Law Review. Vol. 83. N. 3. Abril 1983.

SZTAJN, Rachel. Codificação, decodificação, recodificação: *a empresa no código civil brasileiro*. Revista de Direito Mercantil. São Paulo. N. 143. p. 11-20, jul./set. 2006.

Internet

COSTA JÚNIOR: José Vinício Bicalho: O Princípio da preservação da Empresa e O Instituto da Recuperação Extrajudicial no Direito Brasileiro. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos/ FDMC, 2006. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/josevinciusprincipiodapresevacaoempresainstituto.pdf>> Acesso em 14 fev 2013.

CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida: Curso de Pós-graduação “Lato Sensu” Especialização em Direito Privado. Escola Paulista de Magistratura. São Paulo: 2008. Disponível em : http://www.apmbr.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=141 Acesso em 15 fev 2013.

EUA, U.S. Securities and Exchange Commission: Disponível em: <<http://www.sec.gov/>>. Acesso em 25 fev 2013.

OLIVEIRA, Bernardo: Dirigismo Constitucional e Autonomia Provada: *os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil*.

Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4aecf5d21e3f79>> Acesso em 15 fev 2013.

OLIVEIRA, Gleick Meira: Falência: *conhecendo a história para se construir um futuro pautado na certeza*. Revista Dataveni@ (UEPB): Vol 1, No 1 de 2009. Disponível em < <http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/viewFile/499/294>> Acesso em 22 fev 2013.

SOUZA, Douglas Cavallini de: Os Avanços da Nova Lei de Falências: Revista Eletrônica âmbito jurídico. Disponível em < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2724>. Acesso em 22 fev 2013.

SZEZEBICKI, Arquimedes da Silva: Os Princípios Gerais da Ordem Econômica Brasileira: *avanços e efetividade desde a Constituição Federal de 1988*. Disponível em: < <http://www.eptic.com.br/arquivos/Publicacoes/textos%20para%20discussao/textdisc6.pdf>>. Acesso em 15 fev 2013.

TJSP, Seção de Direito Privado: Agravo de Instrumento n° 638.631.4/1-00. Voto n.º 12.233. São Paulo, 18 de ago 2009. Disponível em: < https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/?ui=2&ik=c712c55bee&view=att&th=13b94d03a444ec05&attid=0.1&disp=inline&realattid=f_hao0tnbv0&safe=1&zw&saduie=AG9B_P9dBvtOEMoicYHViD9Bofr1&sadet=1361883561089&sads=HcUujikVeN67yy0w_fY5r-79rjU&sadssc=1> Acesso em 14 fev 2013.

TOKARS, Fábio: As Limitações De Aplicação do "Cram Down" Nas Recuperações Judiciais Brasileiras. Disponível em: <<http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2508142/as-limitacoes-de-aplicacao-do-cram-down-nas-recuperacoes-judiciais-brasileiras>> Acesso em 22 fev. 2013.

Legislação

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 de fev. 2013.

BRASIL, Lei n. 556 de 25 de junho de 1850. Código Comercial. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em 14 fev. 2013.

BRASIL, Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em 14 fev. 2013.

BRASIL, Lei 11.101 de 9 de junho de 2005. Lei de Recuperações de Empresas e Falências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 14 fev. 2013.

BRASIL, Projeto de Lei 71 de 2003. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/Consulta_Parl.asp?RAD_TIP=PLC&Tipo_Con=16&FlagTot=1&p_cod_senador=69&p_cod_comissao>. Acesso em 14 fev. 2013.