

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO EMPRESARIAL

MARIA DE FATIMA RIBEIRO

VERONICA LAGASSI

VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Maria De Fatima Ribeiro; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr; Veronica Lagassi – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-031-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, dedicado a promover e dar viabilidade à produção científica na área, prima, no volume que se apresenta, pela excelência, com vinte artigos dos mais variados temas, demonstrando que a comunidade científica do país tem buscado abordar temas de relevância jurídica e social. Não poderia ser diferente, mesmo em tempos de necessárias adaptações, no evento realizado entre 23 e 30 de junho de 2020, através de plataforma virtual, em decorrência da pandemia do COVID-19.

Assim, no dia 27.06 do ano corrente, em seu primeiro bloco, com a oportuna temática do Direito Empresarial, foram apresentados doze artigos.

As autoras Ailana Silva Mendes Penido e Laís Alves Camargos, abriram os trabalhos com o artigo “Estudo crítico das sociedades familiares, seus riscos e conflitos: a busca de soluções por meio da advocacia colaborativa”, dupla que já vem produzindo diversos artigos ao longo dos últimos tempos, levanta a questão com muita propriedade a respeito desse tipo de sociedade e aguça as reflexões do grupo.

A seguir, o artigo “A recuperação judicial das cooperativas de relevante porte econômico: um instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais” leva as assinaturas de Luiz Cesar Martins Loques, Leandro Abdalla Ferrer e Flávio Edmundo Novaes Hegenberg. Outra investigação de bastante relevância. Luiz Cesar Martins Loques é advogado, mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo- UNISAL (Lorena/SP), Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Volta Redonda/FOA) e professor dos cursos preparatórios JURISMESTRE e CEPIFAR. Leandro Abdalla Ferrer é advogado, com diversos artigos publicados, tendo 37 processos todos no Estado de Minas Gerais. Flávio Edmundo Novaes Hegenberg, tem graduação em geologia pela UERJ, é mestre em Gerenciamento e Política de Recursos Minerais, (mestre em Geociências pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP- 1994), Doutor em estudos de negócios pela Universidade de Leeds- Reino Unido (2001). É professor do Centro Universitário de Volta Redonda UniFOA (RJ).

Como é possível constatar, o CONPEDI é abrilhantado pela participação de um elenco de pesquisadores muito capacitado, e que faz de suas investigações, um convite à reflexão tanto na temática quanto na prática que aponta soluções de problemas.

Em “Análise das alterações promovidas pela lei nº 13.874/2019 no regime jurídico dos fundos de investimento”, significativa a apresentação de Jordano Soares Azevedo, Doutor em Direito Privado, especialista em Direito Civil, é professor e tutor em diversos cursos de graduação em Direito em diversas universidades. No artigo, a análise da lei que traz impactos tanto no Direito do Trabalho, como no Direito Civil, sua especialidade.

Com o artigo “A desconsideração da personalidade Jurídica e os impactos econômicos da mesma Lei nº 13.874 de 2019, as autoras, Angela Aparecida Oliveira Sousa e Josyane Mansano, observam as consequências da lei na economia. Angela Aparecida Oliveira Sousa é Advogada no Estado de São Paulo. A doutoranda em Direito pela Universidade de Marília (SP), Josyane Mansano, é especialista em Direito Civil e processual. Leciona na pós-graduação em advocacia do Direito Privado, e é coordenadora dos cursos de pós-graduação em Direito no Centro Universitário Cidade Verde-UNIFCV.

Eireli, sigla criada para ajudar o enquadramento das pequenas e médias empresas, evitando a criação de sócios fantasmas. Com esse modelo, o empreendedor passou a poder criar sua empresa sozinho. Com o artigo “Eireli versus sociedade unipessoal: Controvérsias no âmbito do Direito Comparado e impacto da MP 881/19 agora Lei 13.874/19, Veronica Lagassi e Carla Izolda Fiuza Costa Marshall levantam questões pertinentes sobre o tema.

Veronica Lagassi é Doutora em Direito, Especialista em Direito Empresarial e em Docência do Ensino Superior, Advogada, Vice-Presidente da Comissão de Direito Econômico e Membro da Comissão de Fashion Lawro, ambas da OAB/RJ, associada do IAB, membro e avaliadora do CONPEDI e o Instituto de Investigação Jurídica da Universidade Lusófona do Porto em Portugal.

A Procuradora Federal aposentada, Carla Izolda Fiuza Costa Marshall é Doutora em Direito e professora titular de Direito Empresarial do IBMEC/RJ, líder do Grupo de Pesquisa de Direito Econômico e Desenvolvimento Sustentável da mesma instituição e é membro da Comissão de Direito Econômico da OAB/RJ.

Guilherme Prado Bohac de Haro e Marisa Rossignoli, escolheram como tema, “Inexistência ou a dispensabilidade da norma conhecida como princípio da função social da empresa”. Com “Inexistência ou a dispensabilidade da norma conhecida como Princípio da Função Social da empresa, os autores questionam a responsabilidade social das empresas, a partir do questionamento sobre a mesma ser dispensável ou até inexistente. Guilherme Prado Bohac de Haro é mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-PR, especialista

em Direito e Processo Civil, e em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. Docente pela Toledo Prudente. Doutora em Educação e Políticas Públicas e Desenvolvimento Econômico, Marisa Rossignoli é Mestre em Economia Política pela PUC de São Paulo. É também delegada municipal do Conselho Regional de Economia-CORECON - SP, na cidade de Marília-SP.

A precarização do trabalho, foi o tema escolhido por Ricardo Augusto Bonotto Barboza, Geralda Cristina de Freitas Ramalheiro e Larissa Camerlengo Dias Gomes, com o artigo “Empreendedorismo e precarização do Trabalho - Uma reflexão a partir da Lei do ME”.

O Dr. Ricardo Augusto Bonotto Barbosa realizou estágio Pós-Doutoral em inovação pela faculdade Ciências farmacêuticas da UNESP de Araraquara e Doutorado em Alimentos e Nutrição pela mesma universidade. É ainda mestre em Engenharia Urbana pela Universidade Federal de São Carlos- UFSCar. Coordenador Adjunto do Programa de Mestrado Profissional em Direito da Universidade de Araraquara (UNIARA), dentre outras relevantes atividades acadêmicas e científicas. Geralda Cristina de Freitas Ramalheiro é graduada em Administração Pública pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho e mestre em Gestão de Organizações e Sistemas Públicos pela Universidade Federal de São Carlos. É também analista na Incubadora de Empresas de Araraquara e pesquisadora - colaboradora na Universidade de Araraquara, estado de SP. Mestre em Desenvolvimento Territorial pela Universidade de Araraquara, analista em micro e pequenas empresas, desenvolvendo consultoria, assessorias e treinamentos em gestão financeira e em recursos humanos, Gerente de qualidade na empresa Led Médica, Pesquisadora no Grupo de Pesquisa "Núcleo de Pesquisa em Desenvolvimento Local" do Programa de Pós Graduação em Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente da Universidade de Araraquara, Larissa Camerlengo Dias Gomes também soma o rol de autores do relevante artigo.

A questão da modernidade, da inserção do chamado outrora “mundo virtual”, que hoje é parte do todo, com sua linguagem própria, chama o Direito a regular este campo. Assim, Letícia Lobato Anicet Lisboa e Leonardo da Silva Sant Anna, trazem oportunamente o artigo “Os contratos empresariais eletrônicos e a análise econômica do Direito”. Letícia Lobato Anicet Lisboa, é doutora em Direito na linha de pesquisa de empresa e atividades econômicas da UERJ - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, professora da Escola Superior da Advocacia da OAB-RJ. Leonardo da Silva Sant Anna é Doutor em Saúde Pública pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (ENSP) da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ). Professor Adjunto de Direito Comercial, parceiro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI).

Da relação de atuações em parceria de empresas com o poder público, o artigo “A implantação de programas de integridade em empresas para contratações com o poder público”, leva as assinaturas de Erick Alexandre de Carvalho Gonçalves e Frederico de Andrade Gabrich. Erik Alexandre de Carvalho Gonçalves é advogado no estado de Minas Gerais e no estado de São Paulo. Frederico de Andrade Gabrich é Doutor em Direito Comercial/Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais e Professor Adjunto da Universidade Fumec. Coordenador de Grupo de Pesquisa, autor de livros e artigos científicos e orientador de diversas dissertações de mestrado voltadas para Análise Estratégica do Direito, das Metodologias de Ensino e da Transdisciplinaridade, é um dos notáveis representantes da escola mineira de Direito.

Pedro Durão e Luã Silva Santos Vasconcelos, comparecem neste primeiro bloco com o artigo “Compliance e Direitos Humanos na empresa: A governança corporativa em prol da proteção ao Direito Humano e ao trabalho digno” com questionamentos bastante pertinentes e atuais. Pedro Durão realizou estágio Pós-Doutoral em Direito (Universidad de Salamanca/Espaa). Doutor e Mestre em Direito (UBA/UFPE). Especialista em Docência do Ensino Superior (UCAM/RJ). Professor convidado da Escola Judicial do Estado de Sergipe (EJUSE), da Escola Superior do Tribunal de Contas (ECOJAN/SE), da Magistratura (ESMESE), do Ministério Público (ESMPSE), da OAB, da Escola Superior de Governo e Administração Pública (ESGAP), Fundação de Apoio à Pesquisa e Extensão (FAPese). Luã Silva Santos Vasconcelos, Mestrando em Direito pela UFS, é analista do Ministério Público do estado de Sergipe. Atualmente exerce a função de Coordenador Administrativo e Pedagógico da Escola Superior do Ministério Público sergipano.

Com o artigo, “Análise do Recurso Especial 1.337.989 do Superior Tribunal de Justiça frente ao instituto do “cram down” na Lei de Recuperação de empresas e o ativismo judicial, Dárcio Lopardi Mendes Júnior, que é mestrando em Direito empresarial pela Faculdade Milton Campos, advogado e professor universitário na faculdade de Sabará/MG, é também membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG.

Encerrado o primeiro bloco, com um time qualificado de pesquisadores e suas temáticas essenciais, passa-se ao segundo bloco desta mostra do que foi o primeiro evento do CONPEDI em formato virtual.

Abrindo o segundo bloco das apresentações, o artigo “A necessidade de estímulo ao financiamento das sociedades empresárias em recuperação Judicial e seus benefícios para a preservação da empresa” de autoria de Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, doutor em Direito pela UERJ, professor associado nível 4 da mesma instituição, tendo como linha de

pesquisa Empresa e Atividades Econômicas. Líder do grupo de pesquisa Empresa e Atividades econômicas do CNPq. O respeitadíssimo e renomado professor Alexandre assina o artigo em parceria com Pedro Freitas Teixeira. Doutorando em Direito Empresarial pela UERJ, Presidente da Comissão de Direito Empresarial da OAB - Seccional RJ, Membro da Comissão de Direito Empresarial do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, Professor de Direito Empresarial da Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ, Professor da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, Professor do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC e Professor de Direito Empresarial da Fundação Getúlio Vargas (FGV Law Program). Os autores são referência em questões como recuperação judicial, extrajudicial e falências.

Com o assunto pré-sal e seu novo sistema de partilha de produção, Angela Aparecida Oliveira Sousa e Josyane Mansano, que dispensam nova apresentação uma vez que este é o segundo artigos apresentados pela dupla veem desta vez com “análise Jurídica da Lei nº 12.351 de 2010: Expectativas e Desafios do Novo Sistema de Partilha de Produção na Camada de Pré-sal”, outro assunto que merecia um novo olhar.

Na sequência, Edson Freitas de Oliveira trouxe reflexões importantes no artigo “Efeitos da Pandemia COVID-19”. O autor que é doutorando em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR, é advogado e consultor jurídico, avalia os processos de recuperação de empresas, problemática a ser enfrentada em todos os aspectos da organização social e pelos variados ramos de conhecimento.

“Os contratos associativos na perspectiva da desverticalização empresarial e da resolução no 17/2016 do CADE” foi o trabalho assinado pelo brilhante professor Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e José Carlos Jordão Pinto Dias, Doutorando em Direito pela UERJ, que realizou a apresentação defendendo os propósitos da linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas.

Adriana Vieira de Castro, Danilo di Paiva Malheiros Rocha e Wanessa Oliveira Alves, analisam as legislações anticorrupção no Brasil e no mundo a partir dos programas de Compliance Empresarial. O artigo intitulado “Programas de Compliance Empresarial e as legislações anticorrupção no contexto mundial e no Brasil”, traz uma contribuição significativa para os processos de conformidade. Adriana Vieira de Castro é Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Goiás e em Direito Público pela Universidade de Rio Verde. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Oficial de Justiça da Comarca de Goiânia. Professora Efetiva de Direito Empresarial na Pontifícia Universidade

Católica de Goiás. Danilo di Paiva Malheiros Rocha é Doutorando em Ciências da Saúde pela Universidade Federal de Goiás, Advogado e Consultor Jurídico. É professor efetivo da Universidade Estadual de Goiás (UEG) no Curso de Direito. Wanessa Oliveira Alves é Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, especialista em Administração Financeira pela Universidade Salgado de Oliveira e em Ciências Criminais pela Escola Superior Associada de Goiânia. Mestre em Administração pelo Centro Universitário Alves Faria. Atualmente ocupa a função de Assessor Técnico da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Tecendo uma “análise da nova lei de Franquia Empresarial (lei nº13.966/19)” Jordano Soares Azevedo, Doutor em Direito Privado pela PUC-Minas, está desenvolvendo projeto de pesquisa em estágio Pós-Doutoral pelo Programa de Pós-Graduação na mesma instituição. É Professor e Tutor em cursos de graduação em Direito, com experiência em instituições públicas e privadas (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas, Centro Universitário de Sete Lagoas - Unifemm, Universidade Federal de Ouro Preto e Sociedade Educativa do Brasil Soebrás).

Com o artigo “O mercado de valores mobiliários, a oferta pública inicial de ações (IPO) e o período de silêncio”, Renato Zanolla Montefusco, com propriedade, discute a questão e aponta novos caminhos. O autor é advogado no Estado de São Paulo e referência no assunto abordado.

Enfrentando os novos desafios do direito empresarial em face ao meio ambiente, o artigo “Licenciamento ambiental: as condicionantes ambientais e a função social da empresa” tem como autor Alex Floriano Neto, assessor Jurídico no Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Administrador Judicial, Advogado Licenciado, é professor Universitário e Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara em Belo Horizonte - MG. O estudo apresenta uma visão inovadora sobre a responsabilidade das empresas na sustentabilidade eco-ambiental.

“Modelos de Limitação da Responsabilidade para o exercício individual da empresa: eireli versus sociedade limitada unipessoal” é o tema do artigo de Luciano Monti Favaro que é Doutor em Direito e Políticas Públicas e Professor na graduação no curso de Direito e em cursos preparatórios para concursos, ocupa a relevante função de Advogado na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Assinando dois artigos, o primeiro “Disputas por nomes e marcas empresariais: o raciocínio do Superior Tribunal de Justiça no hard case "Odebrecht" como um exemplo do pensamento tipológico de Karl Larenz” e o segundo, “A sociedade empresária limitada como sociedade de capital: a caracterização de um instituto à luz da noção de tipo jurídico-estrutural, Daniel Oitaven Pamponet Miguel e Alessandra Pearce de Carvalho Monteiro, contribuem sobremaneira para a densidade do grupo de seletos autores aqui reunidos, assim como seus co-autores. Daniel Oitaven Pamponet Miguel, Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Doutor em Ciências Sociais pela UFBA, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFBA, especialista em Teoria e Filosofia do direito pela PUC Minas, especialista em Direito Tributário pela PUC-SP/COGEAE e graduado pela Universidade Federal da Bahia, tem experiência nas áreas de Direito e Ciências Sociais. Alessandra Pearce de Carvalho Monteiro, Doutoranda em Ciências Jurídico-Filosóficas na Universidade de Coimbra - Portugal Doutoranda em Jurisdição Constitucional e Novos Direitos na Universidade Federal da Bahia Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra - Portugal (2015) é Professora substituta da Universidade Federal da Bahia nas disciplinas de história do direito, teoria do direito, sociologia do direito, filosofia do direito, metodologia da pesquisa e hermenêutica. A dupla de juristas fechou os trabalhos com os oportunos artigos e com maestria os autores encerraram as apresentações do segundo bloco de apresentações no GT de Direito Empresarial.

Aqui apresentamos os temas, seus autores e respectivas credenciais, o que dá ao CONPEDI suficiente embasamento da importância de seus encontros, que promovem além da difusão da produção acadêmica contemporânea, um interessante e profícuo diálogo entre pares de todo o país e provoca discussões e reflexões necessárias à evolução do próprio direito e sua inserção na sociedade contemporânea.

Ao CONPEDI, as congratulações pela brilhante e necessária produção a enriquecer o conhecimento e a pesquisa na Área do Direito no Brasil e no exterior. Aos doutores, mestres e demais estudiosos e profissionais que participaram desta empreitada, a certeza de que suas contribuições são de valor inestimável para a constante evolução e consolidação da Ciência do Direito e por consequência à toda sociedade, que é a quem é destinado o nosso trabalho.

Rio de Janeiro, 06 de julho de 2020.

Veronica Lagassi – UFRJ

Maria de Fátima Ribeiro – UNIMAR

Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr – UNICURITIBA

Nota técnica: O artigo intitulado “Estudo crítico das sociedades familiares, seus riscos e conflitos: a busca de soluções por meio da advocacia colaborativa” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito "Instituições Sociais, Direito e Democracia" - Universidade FUMEC, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Empresarial apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Empresarial. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

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

ANALYSIS OF SPECIAL APPEAL NO. 1.337.989 OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE AGAINST THE CRAM DOWN INSTITUTE IN THE COMPANY RECOVERY LAW AND JUDICIAL ACTIVISM

Dárcio Lopardi Mendes Júnior ¹

Resumo

Após estudo da decisão proferida no Recurso Especial no 1.337.989 do Superior Tribunal de Justiça, este trabalho busca realizar uma análise crítica no que se refere ao ativismo judicial em relações predominantemente privadas com ênfase no instituto da “cram down” na lei no 11.101/05. Estaria o Estado, por meio do judiciário, adentrando na esfera privada e relativizando sua autonomia frente aos interesses então contratados? Estaria o judiciário atuando de maneira proativa para reequilibrar tais interesses? Quais seriam os limites dessa atuação?

Palavras-chave: Ativismo judicial, Recuperação judicial, Autonomia privada, Cram down

Abstract/Resumen/Résumé

After studying the decision of Special Appeal No. 1.337.989 of the Superior Court of Justice, this paper seeks conduct a critical analysis of judicial activism in predominantly private relations with emphasis on the cram down institute in Law No. 11.101/05. Was the state, through the judiciary, entering the private sphere and relativizing its autonomy form the interests then hired? Is the judiciary acting proactively to rebalance such interests? What would be the limits of this action?

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Judicial recovery, Private autonomy, Cram down

¹ Advogado, Professor, Especialista em Processo Civil e Mestrando em Direito

1. Introdução

A lei 11.101/2005, de 09 de fevereiro de 2005, entrou em vigor em 09 de junho daquele mesmo ano, após o período de *vacatio legis*, nos moldes de seu art. 201. Restou, portanto, revogado o Decreto-lei 7.661/45, o qual regulava o processo falimentar no Brasil.

A lei de recuperação de empresas foi editada com a finalidade de fomentar a atividade econômica e, conseqüentemente, o desenvolvimento contínuo, seja na esfera privada ou pública.

Considerar o ativismo judicial é questão de grande relevância, bem como a remota discussão acerca da imparcialidade em face da neutralidade judicial. Estaria o Estado, por meio do judiciário, adentrando na seara privada e relativizando sua autonomia frente àqueles interesses? Estaria o judiciário atuando de maneira proativa para reequilibrar interesses?

O ponto a ser destacado é a intervenção estatal, por meio do judiciário, em relações eminentemente privadas, tal como se apresentam os processos de recuperação judicial de empresas.

Este artigo tem o objetivo de argumentar acerca do ativismo judicial na recuperação judicial de empresas, frente ao instituto do “cram down”, sob o enfoque da natureza contratual e autonomia privada das partes interessadas em atingir o fim recuperatório, valendo-se, para tanto, de uma análise crítica ao Recurso Especial nº 1.337.989 do Superior Tribunal de Justiça.

Para o fim proposto, vale tecer algumas considerações acerca da atuação do judiciário no que tange à sua imparcialidade e neutralidade, sopesando interesses individuais, empresariais e sociais, e compreender os fenômenos de uma acelerada evolução nas relações negociais, bem como a sua inegável importância para o contínuo desenvolvimento econômico do Brasil.

Como consequência lógica, vem à tona a reflexão sobre os limites da atuação judicial em uma relação contratual, tal como se apresenta a recuperação judicial de empresas. Dessa limitação extrai-se a diferença entre uma atuação imparcial ou neutra.

Por meio das transformações do direito falimentar e recuperacional, o posicionamento dos tribunais e os dispositivos legais que regulam a matéria, em razão das constantes mudanças econômicas, devem ser analisados e comparados com as reais necessidades do mercado.

A pesquisa e o estudo foram compostos, como exposto, de uma análise da natural evolução da atividade empresarial e do posicionamento das sociedades empresárias como fator de equilíbrio social.

2. Imparcialidade x neutralidade judicial

Juízo imparcial não é o mesmo que juízo neutro. Da imparcialidade decorre logicamente o desinteresse judicial no resultado final daquilo que lhe é apresentado, o que não implica dizer que seja um juízo sem participação ativa, por meio de uma atuação dinâmica por parte do judiciário, nos limites da lei, mantendo-se a distância e isenção em relação aos envolvidos. A neutralidade, por sua vez, além de ser dotada de imparcialidade, impõe, para fins didáticos, uma atuação inerte por parte do judiciário.

Vale dizer, para o tema proposto, que um juiz imparcial não é um juiz distante das partes envolvidas – *in casu*, na recuperação judicial –, mas é aquele diligente no que tange a regularidade e legalidade dos acordos celebrados entre credores, por exemplo, ou qualquer outra situação que envolva o aspecto de contratualidade e exercício da autonomia privada, afinal, exerce não só as funções de cunho jurisdicional em dizer o direito, mas também funções de cunho administrativo, como autorizar que o administrador judicial, seja no processo falimentar ou, a depender, na própria recuperação judicial, contrate novos profissionais para auxiliá-lo no seu mister ou mesmo a venda de algum bem que compõe o acervo da massa falida ou para efetivação de plano de recuperação previamente acordado.

Não significa adentrar diretamente nos interesses acordados entre particulares, mas tão somente resguardar o que preceitua a legislação aplicável e, especialmente, seus princípios norteadores.

O ativismo judicial mencionado, no aspecto em que é abordado, vai além de uma atitude proativa, adentrando diretamente no campo da autonomia privada e de contratação entre particulares, pois o fato de o plano de recuperação encontrar-se submetido a uma avaliação judicial não lhe retira o caráter contratual. E tanto é assim que a decisão que concede a recuperação não gera efeitos sobre o conteúdo do plano acordado entre os interessados. A decisão encontra-se vinculada ao plano, em respeito à autonomia privada.

O que se pretende com a recuperação judicial é a aprovação do plano, sendo a atuação judicial, em um primeiro momento, restrita à análise legal, não lhe sendo cabível, pois, interferir no seu conteúdo. Trata-se, portanto, de relação contratual.

3. Ativismo judicial e deturpação do sistema

A partir de uma análise histórica referente a conquistas de direitos sociais – desenvolvimento da democracia e evolução social – há uma linha tênue na participação do judiciário naquelas conquistas e na sua própria intervenção nos outros poderes.

Qualquer tipo de intervenção de um poder da União em outro ocasiona instabilidade jurídica. É uma clara usurpação de competência. Caso haja uma deficiência legislativa, inclusive pelo prisma da inércia, ela deve ser analisada e cobrada pelos interessados nos moldes constitucionais, do contrário, o judiciário passaria a legislar.

O que se deve garantir é a garantia do funcionamento do sistema, ainda que não seja o melhor e esteja longe da perfeição. Dessa forma, mantém-se o equilíbrio e harmonia entre os poderes. A compensação das deficiências, como vem ocorrendo, gera instabilidade e insegurança jurídica.

É da natureza humana a construção de juízo de valor e concepção de mundo ao longo da vida, o que mais uma vez demonstra a necessidade de que toda decisão deve estar adstrita aos limites impostos pelo poder competente em legislar. A construção das decisões, dessa maneira, partiriam de premissas seguras, mediante interpretações lógico-rationais dos princípios constitucionais.

É inegável que o sentimento de justiça acompanha o ser humano desde os tempos primitivos, época em que tínhamos então a chamada vingança pessoal ou justiça privada.

Mas uma sociedade justa e democrática não pode ser construída com base em subjetivismos e casuísmos, é preciso um alicerce que norteie os poderes e, principalmente, a sociedade.

Não é a maneira ou solução que o judiciário encontrar, caso a caso, que proporciona a pacificação social, mas a forma como consegue garantir o sistema funcionando com sua independência resguardada. E se há necessidade de mudança e adequação frente ao rápido desenvolvimento social e econômico, que seja feito de forma adequada e que as cobranças sejam direcionadas aos poderes competentes para tanto.

A função é do poder legislativo, democraticamente eleito, em avaliar os anseios e necessidades sociais e tomar as providências necessárias.

Quanto maior o ativismo do legislativo, menor será o ativismo do judiciário. Quanto menor o ativismo do legislativo, maior será o do judiciário.

O vácuo jurídico, também em razão da acelerada evolução e complexidade social, deixado pelo legislativo, dá margem ao ativismo judicial. Nesse ponto, não há como mensurar

os efeitos dessa interferência e seus reflexos junto à sociedade, especialmente a segurança jurídica.

A questão não é somente se o judiciário será proativo, mas como será e quais são seus limites. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, adentra cada vez mais na seara política do país. Decidir sobre questões de ordem política, nos limites de sua competência, é uma coisa, mas ultrapassá-la e atuar na política, por meio de decisões ativistas, é usurpação de competência, gerando instabilidade entre os poderes e insegurança jurídica no próprio sistema jurídico.

Há um crescimento de “invasão de competência”. No Brasil, como quase tudo é judicializado, ante a própria cultura do litígio, o judiciário é provocado a se manifestar também por quase tudo. Pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, é preciso uma resposta. Mas não é por esse motivo que as respostas se sobreponham e invadam a competência de outro poder.

O judiciário passou a ser considerado a solução para tudo e foi, aos poucos, aceitando a respectiva condição. Até mesmo políticas públicas passam pelas mãos do judiciário.

O poder judiciário não pode desempenhar o papel do poder legislativo, afinal, quem controlaria o controlador?

Vê-se, por exemplo, a sistemática dos órgãos colegiados, especialmente a dos tribunais superiores. O que se espera de órgãos colegiados são decisões previamente debatidas, maturadas, construídas e pensadas para o equilíbrio do sistema e segurança jurídica. Essa é a finalidade precípua dos órgãos colegiados. São decisões emanadas de um tribunal, e não de um julgador A ou B.

Tal posicionamento preserva a integridade dos tribunais e das decisões, mas o que se vê são discussões casuísticas, posicionamentos pessoais e entendimentos isolados por parte de julgadores, e não de um tribunal. O que é pior, pois agora a usurpação de competência passou para o campo individual, sem qualquer tipo de preservação institucional.

A legislação fornece inúmeros instrumentos para interpretações que visam suprir os anseios sociais, o que dá margem para uma melhor e mais fácil evolução jurisprudencial, tal como também dá margem, como de fato ocorre, em interpretações extensivas e elásticas, fomentando um ativismo judicial jamais visto no Brasil.

O caminho a ser percorrido visa conciliar justiça e segurança jurídica, mas para isso deve haver um sistema íntegro do ponto de vista político e jurídico.

O poder judiciário não pode aceitar a função de justiceiro. Sua função é ser garantidor do sistema. Entregar o direito é observar um conjunto de prerrogativas jurídicas emanadas pelo órgão competente.

A hermenêutica é o ponto de equilíbrio, a busca pela percepção de algo que até então não era percebido, e o faz pela adequada interpretação e valoração de princípios, donde não há vez para o engessamento das normas, mas sua devida contextualização. Ao se falar em desenvolvimento da democracia e evolução social, é inegável que diante de toda transformação existe a necessidade de regulação.

Toda e qualquer regulação ocorre a partir do momento em que determinadas situações são tangibilizadas por meio das leis e estas, por sua vez, interpretadas por meio dos significados atribuídos às palavras.

O significado das palavras – isoladamente analisado – transcende a própria época de sua aparição. Contudo, deve se adequar às reais necessidades de uma nova época, um novo contexto.

O mundo, em todos os sentidos – atribuição de valores e compreensão – é interpretado dentro de seu contexto atual. É impossível valorar situações atuais com amparo em situações ocorridas há 300 anos, nem tampouco atribuímos juízo de valor às questões atuais com base em presunções que podem vir a ocorrer daqui a 100 anos.

O então crime de adultério deixou de ser crime sob a ótica do direito penal. O contexto e anseio social já não mais o exigia como tal. A legislação falimentar se transformou, dada a importância da preservação da atividade empresarial para resguardar outras necessidades sociais e econômicas. Os cuidados compartilhados com os filhos e uma gigantesca mudança na estrutura familiar foi, e vem sendo, objeto de inúmeras discussões, afinal, atribuições que outrora eram rigidamente definidas para homens e mulheres foram reconstruídas.

São exemplos que servem para análise e reflexão no que tange ao significado das palavras que tangibilizaram tais realidades há tempos. Na interpretação do sistema jurídico, por meio do correto uso da hermenêutica, busca-se a revelação. Uma palavra isoladamente analisada é possuidora de um determinado significado. Uma palavra, dentro de um contexto, merece ser avaliada a partir de sua finalidade.

A racionalidade vem da forma como interpretamos e nos comunicamos e, para tanto, é preciso observar critérios e ordem. A linguagem é construída por meio da racionalidade. Assim é que as palavras – com significado e finalidade – dão concretude às normas.

Exatamente por isso diz-se que a norma jurídica é a interpretação do texto dentro de um contexto. Ela é comunicacional. O direito é regra de estabilização de expectativas e lida

diretamente com expectativa de comportamento. A hermenêutica jurídica é um conjunto sistêmico de teorias, conceitos e métodos de interpretação e construção da normatividade jurídica.

As palavras têm significado histórico, é inegável. A hermenêutica não pode desconsiderar tal fenômeno. A integridade jurídica é o equilíbrio e harmonia entre a aplicação das normas e os anseios sociais.

Não significa dizer que uma eventual decisão judicial esteja contaminada, mas é da natureza humana a construção de juízo de valor e concepção de mundo ao longo da vida, o que, mais uma vez, demonstra a necessidade de que toda decisão deve estar adstrita a uma integridade interpretativa através dos princípios norteadores do sistema jurídico, notadamente aquele juridicamente adequado ao contexto vivenciado. A construção das decisões, dessa maneira, partiriam de premissas seguras, mediante interpretações lógico-rationais dos princípios constitucionais.

Uma sociedade justa e democrática não pode ser construída com base em subjetivismos e casuísmos, é preciso um alicerce que norteie os poderes e, principalmente, a sociedade.

As palavras sem significado atribuído é um convite para que cada intérprete aja à sua maneira. Seria uma cultura da não observância do significado das palavras. O significado, em contraponto à finalidade, nada mais é que uma premissa concreta de valoração para, posteriormente, adequação à realidade a ser abordada.

Nesse sentido, o significado das palavras são os mesmos, mas devem ser relativizados a depender da época e contexto inseridos, visto que a finalidade e alcance, por razões óbvias, sofrerão constantes mutações. A hermenêutica busca a preservação e integridade do sistema normativo em atenção ao contexto que lhe é apresentado. Se as palavras têm significado histórico, este mesmo significado deve se adequar, por meio do intérprete, aos novos contextos históricos. Não se trata de desvirtuar ou desconstruir os significados atribuídos, mas adequá-los à sua finalidade.

O caminho a ser percorrido visa conciliar justiça e segurança jurídica, mas para isso deve haver um sistema íntegro do ponto de vista político e jurídico. O direito, como já mencionado, é regra de estabilização de expectativas para fins de segurança jurídica.

Em razão de uma transformação social mais célere do que a própria normatização, a hermenêutica está cada vez mais presente, e será cada vez mais necessária, por meio de critérios íntegros de interpretação. A integridade da hermenêutica está na fundamentação, no

convencimento racional e na adequação interpretativa e principiológica ao contexto social e cultural em que lhe é convidada a atuar.

O legislador tangibiliza o direito, por meio das normas, e o judiciário as materializa na sociedade por meio de sua adequada aplicação. A norma jurídica é a interpretação do texto dentro de um contexto. O direito é regra de estabilização de expectativas para fins de segurança jurídica.

Cumpra ao judiciário, portanto, discutir a hermenêutica do direito e não a hermenêutica do conflito, o que leva a casuística e, como já mencionado, ao ativismo judicial e usurpação de competência.

As mais variadas áreas do direito sempre passaram e, hodiernamente, passam cada vez mais por profundas transformações, especialmente em decorrência de uma rápida evolução social. Novos anseios se apresentam em busca de regulação e contornos legais que melhor lhes atendam a finalidade.

Os paradigmas, assim, são substituídos por outros mais adequados ao momento histórico vivenciado e às necessidades sociais. Nesse sentido, Freitas Filho¹:

Do ponto de vista epistemológico, fenômenos novos são periodicamente descobertos pela pesquisa científica. A descoberta de tais fenômenos e mudanças começa com a consciência da anomalia, isto é, com o reconhecimento de que, de alguma forma, os fatos concretos violaram as expectativas paradigmáticas que governam a chamada “ciência normal”. A descoberta de um novo fenômeno é um acontecimento complexo que envolve o reconhecimento tanto de algo quanto de sua natureza. O mesmo pode-se dizer da mudança de paradigma, que além de complexo, ocorre paulatinamente através da exposição dos novos “modelos” de pensamento dos juristas. Se a descoberta ou identificação do novo fato para o qual o paradigma não pode apresentar respostas satisfatórias envolve um processo de assimilação conceitual amplo, podemos afirmar que houve modificação no paradigma. A renovação paradigmática, entretanto, somente se

¹ FREITAS FILHO, Roberto. Crise no direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma. Brasília Jurídica, 2003.

dá com a articulação entre a experiência e a teoria experimental. A nova teoria, assim, converte-se em paradigma, após ultrapassar três movimentos identificáveis, a saber: a consciência prévia da anomalia, a emergência gradual e simultânea de um reconhecimento tanto no plano conceitual como no plano da observação e a consequente mudança das categorias e procedimentos paradigmáticos.

Sem perder de vista o tema proposto, a atividade empresarial deve ser analisada à luz da sua importância econômica em um mundo cada vez mais globalizado. De igual forma, o que será objeto de melhor análise em tópico próprio, deve-se atentar, também, para as relações de natureza eminentemente privadas no âmbito empresarial, alicerçadas no princípio da autonomia da vontade.

Diferentemente do sistema falimentar orientado pelo Dec. Lei nº 7.661/45, donde pairava a cultura do “mal pagador”, em comparação com o atual sistema vigente, donde o objetivo maior é a recuperação empresarial, ante o princípio da preservação da empresa, a legislação conferiu aos envolvidos grande autonomia para deliberarem acerca do melhor caminho a ser tomado, o que, por si só, em perfunctória análise, corrobora estar-se diante de uma relação eminentemente privada, ainda que se considere a atividade empresarial para uma coletividade que dela se beneficia, seja direta ou indiretamente.

O poder judiciário, portanto, tem como ponto de partida as leis e a constituição. É dizer, interpretar, mas respeitar o texto. Há limites, e tais limites devem ser respeitados, pois do contrário, a lei acaba se transformando em mera sugestão. Em um país democrático, não há como ter sugestões para resolução dos casos junto ao judiciário.

A abordagem do “ativismo judicial”, na pesquisa, portanto, traz à tona a inobservância dos limites da atuação judicial, especialmente à luz da Lei nº 11.101/05 e o instituto do *cram down*.

Este o ponto de partida do ativismo judicial, referindo-se a usurpação de competência do poder judiciário em relação ao poder legislativo em contraponto ao que determina o art. 2º da Constituição da República acerca da independência e harmonia entre os poderes.

4. A incidência do *cram down* no Recurso Especial nº 1.337.989 do Superior Tribunal de Justiça

Diante de uma realidade puramente contratual, não seria lógico, como já exposto, a interferência/ativismo judicial na seara privada das partes interessadas, notadamente quanto à verificação da pertinência da aprovação ou não do plano de recuperação judicial – tema proposto –, visto que o mesmo, ainda que haja alguma objeção inicial, é discutido entre os credores e o devedor, nos moldes da lei nº 11.101/05 (LRE).

Naquele ponto, encontram-se os verdadeiros interessados, sem desconsiderar, por óbvio, a principal finalidade, que é a própria recuperação da empresa, enquanto atividade econômica organizada.

O juízo e sua atuação junto ao processo de recuperação judicial de empresas é muito mais objetivo. É o de efetivamente resguardar critérios legais e de validade daquilo que é acordado, o que não se confunde com interferência direta naquilo que é cabível aos interessados – credores e devedor – e que a eles competem contratar.

Em princípio, uma das questões que mais vem chamando a atenção, é justamente a interferência judicial nas situações de “quase aprovação” do plano, nos moldes do art. 58, § 1º, da LRE. O judiciário, preenchido os requisitos daquele dispositivo, cumulativamente, quais sejam, a obtenção do voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; a aprovação de 2 (duas) das classes de credores ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; e na classe que houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, poderá – nos moldes da lei – conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação anterior.

Como a finalidade maior é fazer valer o “princípio da preservação da empresa e continuidade da atividade econômica”, a faculdade então atribuída ao magistrado tornou-se um *dever-poder* em deferir o plano de recuperação com base no art. 58, § 1º, da lei nº 11.101/05 (LRE), ou seja, no chamado “quórum alternativo de aprovação”.

² 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 assembleia-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 assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, 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.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Não se trata, portanto, de preenchimento de lacuna por parte do judiciário, por meio de interpretações legítimas, mas de atuação conforme a vontade do legislador. A lei é a garantidora dos cidadãos, enquanto o judiciário é o garantidor da lei.

Ainda que a situação acima descrita não ocorra, nos moldes legais, o judiciário, notadamente no Recurso Especial nº 1.337.989³ do Superior Tribunal de Justiça, com base na teoria da *cram down*, aprovou um plano de recuperação judicial. É dizer: foi além do quórum alternativo de aprovação, presente no art. 58, §1º, da lei de recuperação de empresas, para conceder a recuperação na chamada “quase aprovação”.

Nesse aspecto recai a análise dos limites da autonomia privada, sem qualquer interferência judicial e, em contrapartida, a plena possibilidade de recuperação da atividade empresarial verificada pelo juízo.

É sabido que independentemente da finalidade maior, que é a recuperação da atividade econômica organizada, desde que perfeitamente viável, os interesses particulares se sobrepõe, afinal, os credores lutam e discutem em prol de seus próprios objetivos, o que pode ocasionar abuso nos votos com o intuito de “brecar” o avanço do plano apresentado e discutido em assembleia.

Aqui vale a reflexão acerca do ativismo judicial na fase recuperacional. Levando-se em consideração a autonomia privada acima de qualquer interferência judicial, a contratualidade, estando em harmonia com a legislação aplicável, não deve ser relativizada.

Em outra vertente, e considerando, de forma absoluta, a continuidade da atividade empresária, esta deve ser analisada a partir da possibilidade concreta da implementação do plano de recuperação, donde incide o instituto da *cram down* – vulgarmente considerada como “goela abaixo” –, indo além do quórum alternativo do art. 58, §1º, da LRE, e ficando a cargo do juízo a apreciação da viabilidade do plano, não obstante a manifestação por parte dos interessados no que se refere a sua não implementação.

³ O Resp nº 1.337.989/SP teve a seguinte ementa:

Recurso Especial. Direito Empresarial. Recuperação Judicial. Plano. Aprovação Judicial. Cram Down. Requisitos do art. 58, § 1º, da Lei 11.101/05. Excepcional mitigação. Possibilidade. Preservação da Empresa.

O entendimento foi no sentido de que, para evitar o abuso da minoria ou de posições individualistas sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise empresarial, previu o § 1º do artigo 58, mecanismo que autoriza ao magistrado a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra decisão assemblear. No caso, foram preenchidos os requisitos dos incisos I e II do art. 58. 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 presents, pois presents 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 presents. Contudo, não alcançou a maioria quantitativa, já que recebeu a aprovação por cabeça de apenas um credor, apesar de quase ter atingido o quorum qualificado (obteve voto de 1/3 dos presents, sendo que a lei exige “mais” de 1/3). Assim, visando evitar eventual abuso do direito de voto, 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.

O ponto a ser avaliado, diante da exposição feita acerca do ativismo judicial como deturpação do sistema, bem como de um subjetivismo exacerbado por parte do judiciário na aplicação das leis, especialmente a tratada no presente artigo, é a incidência da *cram down* no sistema legal brasileiro.

O acórdão emanado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.337.989, ora analisado, aduziu que o *cram down*, oriundo do sistema norte-americano, com o intuito de evitar o abuso da minoria sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise empresarial, autorizou ao judiciário a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra a deliberação assemblear.

Naquele caso concreto, ainda que reconhecido pelo judiciário o não preenchimento, na sua integralidade, dos requisitos elencados no art. 58, § 1º, da lei 11.101/05, ainda assim o entendimento foi pela possibilidade da concessão da recuperação judicial.

Por fim, o entendimento da decisão discutida pautou-se no princípio da preservação da empresa, advogando pela flexibilização dos requisitos para a aprovação do plano de recuperação.

É de se destacar que o senso de justiça individual é o propulsor do ativismo social. E a falta de precedentes estabilizadores do sistema jurídico e usurpação de competência ocasiona o que se vive atualmente em termos de insegurança jurídica.

O poder das decisões está na fundamentação, no convencimento racional, sem desconsiderar que as decisões que buscam suprir eventual deficiência do poder legislativo, ocasionam, indubitavelmente, instabilidade e insegurança jurídica.

Fato é que se a realidade é pautada – como de fato deve ser – para a continuidade da atividade econômica, geradora de riqueza e emprego, compete ao poder competente para tanto – legislativo – agir ativamente, por meio de atualização legislativa para atender a contento os interesses dos envolvidos e do mercado. Jamais ficar a cargo do poder judiciário interpretar além de suas atribuições, mediante alta carga de subjetivismo, aquilo que a legislação não autoriza, desencadeando insegurança jurídica e decisões conflitantes diante do instituto da recuperação judicial de empresas.

Ademais, argumentar sobre o denominado “abuso de voto da minoria” seria o mesmo que interferir na esfera da autonomia privada, visto o caráter consensual da recuperação, afinal, a chamada “abusividade” poderia, tranquilamente, ocorrer em sentido contrário, ou seja, para fins de aprovação do plano de recuperação. Nesse sentido, melhor seria a coerência e integridade com o que preceitua a lei naquilo que é expressamente determinado, pois o

subjetivismo, em casos como o analisado, pode, sim, ser prejudicial aos interesses dos envolvidos.

5. Conclusão

O elemento abordado para a exposição do tema foi a usurpação de competência do poder judiciário em relação ao poder legislativo, notadamente em relação ao instituto da *cram down* e sua aplicabilidade no processo de recuperação de empresas a partir da análise do Recurso Especial nº 1.337.989 do Superior Tribunal de Justiça, em contraponto ao que determina o art. 2º da Constituição da República acerca da independência e harmonia entre os poderes. Atualmente há uma percepção de que as sobras do sistema sobraram para o judiciário, misturando-se o senso de justiça com a própria integridade do direito. Por essa razão, teve o presente artigo o objetivo de argumentar acerca dos limites da competência do judiciário, especialmente como garantidores do sistema jurídico.

O que acontece é uma interpretação extensiva demais ao determinado na Constituição ou mesmo em qualquer lei. É uma escolha diante de um caso concreto. O dilema, portanto, é a utilização de princípios para justificar as decisões. É dizer: o julgador crê em determinada decisão e, para fundamentá-la, recorre aos princípios então norteadores daquela realidade sem, contudo, atribuir-lhes o real significado e finalidade.

As consequências são nefastas, pois há uma banalização em sua utilização, visto ser imprescindível uma construção lógica, mediante uma hermenêutica íntegra, para a adequada interpretação e aplicação principiológica. Do contrário, se afigura uma banalização casuística.

Para que o judiciário tenha maiores poderes decisórios, o mesmo ocorre por meio de seu fortalecimento através do ordenamento jurídico, e não além do ordenamento jurídico.

A intenção da Lei de Recuperação de Empresas é a superação daquele estado de dificuldade e turbulência financeira das sociedades empresárias e dos empresários, com o fim de manter sua atividade, mantendo-se, por conseguinte, a respectiva fonte geradora de empregos e renda, nos exatos moldes do art. 47 da Lei nº 11.101/05.⁴

Não obstante sua finalidade principal, qual seja, a manutenção da unidade econômica, a superação do estado de crise depende, obviamente, da vontade dos credores do devedor e, talvez, aqui, encontra-se o ponto de equilíbrio do presente trabalho: o interesse não apenas do

⁴ 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.

titular da empresa, mas da coletividade, e o interesse dos credores do devedor, sob o enfoque de estarmos diante, adiantando-se o debate sobre o tema, de uma relação contratual donde prevalece, indubitavelmente, a autonomia privada dos diretamente envolvidos.

Pelo que foi exposto, a conclusão é pela não existência da *cram down* no Brasil, mas de um quórum alternativo capitulado no art. 58, § 1º, da lei 11.101/05 que, por si só, já é uma segunda oportunidade para a concessão da recuperação judicial. O judiciário, portanto, está adstrito aos limites impostos pela lei, o que não implica dizer em retirar sua capacidade interpretativa, nem tampouco autorizá-lo a fundamentar toda e qualquer decisão no princípio da preservação da empresa, que nem sempre é suficiente para restabelecer a atividade econômica.

Deve o judiciário, portanto, no caso analisado, assegurar a legalidade e legitimidade do processo recuperacional sem, contudo, adentrar na seara da autonomia privada oriunda de uma relação eminentemente contratual, sob pena de, assim o fazendo, e como já exposto, ultrapassar os limites de sua atuação nos moldes legalmente delimitados e, de igual forma, desconsiderar o princípio da autonomia da vontade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das sociedades comerciais: direito de empresa*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FREITAS FILHO, Roberto. *Crise no direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília Jurídica, 2003.

GONTIJO, Vinícius José Marques. *Principais impactos do CPC/2015 na falência*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. In: PERRUCCI, Felipe Falcone; MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro; LEROY, Guilherme Costa (Orgs.). *Os impactos do novo CPC no direito empresarial*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 231-246

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. *Recuperação Judicial de Empresas e Falência à Luz da Lei nº 11.101/2005*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa; JÚNIOR OLIVEIRA, Délio Mota de. *Impactos do novo código de processo civil na recuperação judicial e na falência*. In: PERRUCCI, Felipe Falcone; MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro; LEROY, Guilherme Costa (Orgs.). *Os impactos do novo CPC no direito empresarial*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 213-230

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2006

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2014

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1946. v. VII.

NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e de empresa: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos*. 3.v. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição juridicamente adequada*. Belo Horizonte: D'Plácido

SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102695785&dt_publicacao=04/06/2018 Recurso Especial nº 1.337.989. Acesso em: 04/06/2019