

ESCOLA JUDICIAL EDÉSIO FERNANDES  
Programa de Pós-Graduação

Henrique Maggi Hermont

**A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA  
EMPRESA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO AGRAVO INTERNO NO ARESP Nº  
1.551.410/SP E A POSSÍVEL VIOLAÇÃO AOS ARTS. 45, § 1º, E 58, § 1º, I, DA  
LEI Nº 11.101/05.**

Belo Horizonte  
2023

## RESUMO

Este artigo versa sobre o julgamento do Agravo Interno no AResp Nº 1.551.410/SP e a utilização do Princípio da Preservação da Empresa como forma de mitigar o instituto do *cram down* e de afronta a dispositivos legais expressos da Lei nº 11.101/05. Busca-se entender, a partir de uma pesquisa teórica e jurisprudencial, a possibilidade, ou não, de mitigação do *cram down* frente ao Princípio da Preservação da Empresa. A relevância do tema se justifica pela necessidade de refutar a admissibilidade da utilização indiscriminada do Princípio da Preservação da Empresa como fundamento para fins de se afastar dispositivos legais expressos da Lei de Falências. A partir do exame dos fundamentos expressos no Agravo Interno no AResp Nº 1.551.410/SP, demonstrou-se a fragilidade epistêmica dessa argumentação, notadamente quando utilizada de forma a enfraquecer dispositivos legais que regulam o instituto do *cram down*. Por tais razões, exige-se do Poder Judiciário uma reflexão crítica da extensão e força do Princípio da Preservação da Empresa que, reiteradamente, vem servindo como blindagem de fundamentos precários que consubstanciam afronta a texto legal expresso.

**Palavras-chave:** “Princípio da Preservação da Empresa”; “*cram down*”; “Agravo Interno no AResp Nº 1.551.410/SP”; “análise crítica”.

## ABSTRACT

This article deals with the judgment of the Internal Appeal in AResp N° 1.551.410/SP and the use of the Principle of Preservation of the Company as a way of mitigating the institute of “cram down” and of affront to express legal provisions of Law n° 11.101/05. The aim is to understand, from a theoretical and jurisprudential research, the possibility, or not, of mitigating the “cram down” against the Principle of Preservation of the Company. The relevance of the theme is justified by the need to refute the admissibility of the indiscriminate use of the Principle of Preservation of the Company as a basis for the purpose of departing from express legal provisions of the Bankruptcy Law. From the examination of the fundamentals expressed in the Internal Appeal in AResp N° 1.551.410/SP, the epistemic fragility of this argument was demonstrated, notably when used in order to weaken legal provisions that regulate the “cram down” institute. For these reasons, the Judiciary is required to critically reflect on the scope and strength of the Principle of Preservation of the Company, which has repeatedly served as a shield against precarious foundations that constitute an affront to the express legal text.

**Key words:** “Principle of Preservation of the Company”; “cram down”; “Internal Appeal N° 1.551.410/SP”; "critical analysis".

## 1. INTRODUÇÃO

O julgamento do Agravo Interno no AResp Nº 1.551.410/SP representou a tendência de consolidação, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, da prevalência do Princípio da Preservação da Empresa ante dispositivos legais expressos que representam risco de frustração do plano de soerguimento da empresa em recuperação - como é o caso daqueles que tratam do *cram down*.

Primeiramente, este artigo buscará apresentar um apanhado histórico de ambos (Princípio da Preservação da Empresa e *cram down*), apontando para a origem destacada no âmbito do Direito Empresarial dos Estados Unidos da América.

Em seguida, será tratado o impacto causado a partir do julgamento do Agravo Interno no AResp Nº 1.551.410/SP, assim como dos fundamentos empregados pelos votos divergentes ao condutor.

Em um terceiro momento, serão trazidas soluções para as consequências jurídicas sentidas a partir daquele julgamento, visto que não só o credor detentor de mais da metade dos créditos totais é atingido, mas como também os jurisdicionados e os próprios consumidores dos produtos e/ou serviços ofertados pela empresa em recuperação.

Ao final, serão apresentadas conclusões acerca dos apontamentos contidos no artigo, além de um severo repúdio ao casuísmo com que os julgamentos de casos análogos têm se apresentado perante o Poder Judiciário e, por fim, proposta de alteração legislativa à Lei nº 11.101/05, em seu artigo 58.

## 2. APANHADO HISTÓRICO

### 2.1. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

O Princípio da Preservação da Empresa se apresenta como um dos fundamentos da interpretação da recuperação judicial e se encontra positivado no art. 47, da Lei nº 11.101/05, nos seguintes termos:

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. – *grifou-se*.

A respeito de sua origem histórica, discorrem Salles de Toledo e Pugliesi (2020, p. 213-214) em detalhes:

O marco inicial da resposta jurídica à necessidade de preservação da empresa encontra-se no direito norte-americano da década de 30 do século XX. Lá surgiram, primeiramente por meio de uma legislação de emergência editada entre 1933 e 1937, e após, de modo mais sistematizado, com o *Chandler Act*, de 1938, procedimentos de cunho reorganizatório, em especial a *corporate reorganization*. Este último diploma formalmente manteve a antiga Lei de Falências (*Bankruptcy Act*) de 1898, mas, na verdade, modificou-a artigo por artigo, com exceção daqueles que haviam sido introduzidos nas mencionadas leis de emergência. (...)

O *Chandler Act* (nome pelo qual ficou conhecida a Lei de 1938, até para distingui-la da de 1898, substancialmente alterada), previa quatro procedimentos reorganizatórios: além da *corporate reorganization* dispunha igualmente sobre *railroad reorganization*, *arrangement* e *real property arrangement*.

(...)

A *corporate reorganization* e o *arrangement* tinham em vista a crise das empresas. Aquele, destinado especialmente às empresas de grande porte, continha regras mais rígidas, enquanto o segundo apresentava normas mais flexíveis. Ambos visavam preservar a empresa e se alicerçavam em planos, aprovados pelos credores. Na *corporate reorganization* os dirigentes eram afastados, sempre que o passivo fosse superior a US\$ 250,000, e substituídos por um *desinterested trustee*. Além disso, o procedimento deveria seguir a regra da "prioridade absoluta" (*absolute priority rule*), pela

qual os credores, divididos em classes, só poderiam receber seus créditos após satisfeitos os da classe antecedente, de modo que os acionistas nada receberiam se a companhia estivesse insolvente *in the bankruptcy sense* (ou seja, se os seus ativos fossem inferiores a seu passivo).

(...)

Muito tempo levou até que o pioneirismo jurídico norte-americano chegasse a outros países. Um primeiro sinal de uma nova visão pode ser detectado nos anos 1960, em França. Por iniciativa oficial, a Inspeção Geral de Finanças francesa empreendeu, a partir de 1964, acurado estudo, sob ângulo econômico, dos mecanismos legais então existentes em relação à crise das empresas. Daí resultou relatório, firmado por Jacques Delmas, encaminhado em 1965 ao Ministério de Economia e Finanças, e que serviu de base à reforma legislativa encetada em 1967.<sup>70</sup> Segundo Joaquín Bisbal Méndez, o documento apresentava três pontos fundamentais: "(a) separar el tratamiento de la empresa de la conducta del empresario; (b) reducir los costes administrativos del procedimiento y (c) articular mecanismos para prever la crisis".

Sobre sua base constitucional, discorre Tomazette (2017, p. 96) ao asseverar que “[t]al princípio tem sua origem no princípio da garantia do desenvolvimento nacional, previsto nos artigos 3º, II, 23, X, 170, VII e VIII, 174, *caput* e § 1º, e 192 da Constituição Federal”.

Verifica-se, sob as duas prefaladas vertentes, que o Princípio da Preservação da Empresa apresenta profundas raízes no Direito Empresarial, com esteio na Constituição da República de 1988 e na tradição internacional, especialmente naquela fundada nos Estados Unidos da América.

Há de se destacar, igualmente, a histórica preocupação de se preservar a empresa em detrimento dos seus gestores, controladores e sócios, tendo estes papel assaz coadjuvante quando os esforços se concentrarem no soerguimento empresarial.

Tal como afirmado pelo já citado Tomazette (2017, p. 96), a “recuperação judicial não se preocupa em salvar o empresário (individual ou sociedade), mas sim em manter a atividade em funcionamento”.

## 2.2. CRAM DOWN

Assim como destacado no tópico anterior em relação ao Princípio da Preservação da Empresa, o instituto denominado “cram down” também encontra guarida na Lei de Falências, nas iras do art. 58, §§ 1º e 2º:

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 dos arts. 45 ou 56-A 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 3 (três) das classes de credores ou, caso haja somente 3 (três) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 2 (duas) das classes ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas, sempre nos termos do art. 45 desta Lei;

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.

Igualmente, possui sua origem na tradição estadunidense, conforme lição trazida por Tomazette[3]:

No direito norte-americano, há um sistema de recuperação similar a nossa recuperação judicial, que também exige o consentimento dos credores e outros requisitos adicionais.<sup>23</sup> Além do consentimento dos credores organizados em classes, exige-se uma série de outros requisitos, como a boa-fé do devedor, a viabilidade do plano, uma boa perspectiva de sucesso, o adequado tratamento aos credores atingidos pelo plano e outros.<sup>24</sup> Dentre esses requisitos, merece especial atenção a obediência ao melhor interesse dos credores, isto é, se o credor que rejeitou o plano receberia mais na falência do que na recuperação, o plano não pode ser confirmado.<sup>25</sup> Já na forma usual de aprovação do plano, vê-se uma boa margem de

discricionarietà para o juiz que ainda é ampliada pela legislação americana.

Nos Estados Unidos é possível que um plano de recuperação judicial seja confirmado mesmo contra a vontade da maioria das classes desde que sejam atendidos os mesmos requisitos da aprovação tradicional, exceto obviamente a concordância de todos os credores. Nesta hipótese, são exigidos ainda certos requisitos específicos, a saber: (a) o plano deve ter a aprovação de pelo menos uma classe; (b) o plano não pode discriminar injustamente uma classe; e (c) o plano deve ser justo e equitativo (*fair and equitable*).

(...)

Registre-se que a Argentina também possui um instituto conhecido como "*cram down*", mas com contornos completamente distintos. Trata-se de uma troca de titularidade das ações ou quotas da sociedade devedora, para viabilizar a celebração do acordo<sup>30</sup> e não uma imposição do acordo. No direito argentino, o *cram down* visa a separar a sorte da empresa da sorte dos seus titulares.

De se apontar os ensinamentos de Simionato, que pontifica:

Cumpridas as exigências da Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor (art. 55) ou que tenha sido aprovado pela assembléia geral, na forma do art. 45 da nova Lei. O art. 58, § 1º, incisos I-III, é como se fosse uma possibilidade de último respiro conferida ao devedor. Como já dissemos, a assembléia de credores é a instância máxima para analisar o pedido de recuperação, sua viabilidade, e formas de pagamento para solução do passivo, e suas decisões sobre o plano de recuperação, do ponto de vista da sua visibilidade econômica, são soberanas, e nenhum magistrado tem o poder de nelas interferir, sob pena de abuso de poder. (SIMIONATO, Francisco A. Monte, "Tratado de Direito Falimentar", Rio de Janeiro, Forense, 1ª edição, 2008, p. 182).

É de se sublinhar o quão recente se mostra esse instituto no Direito Empresarial brasileiro, tendo sido introduzido a partir da vigência da Lei nº 11.101/05, ou seja, há pouco mais de dezoito anos, não encontrando correspondência, portanto, no Decreto nº 7.661/45, vale dizer, a antiga Lei de Falências brasileira.

De se notar, também, a mitigação que o instituto tem recebido ao longo dos anos pela jurisprudência pátria, especialmente advinda do Superior Tribunal de Justiça, como se verá ao longo deste artigo.



### 3. O IMPACTO DO JULGAMENTO DO AGRAVO INTERNO NO ARESP Nº 1.551.410/SP

O Princípio da Preservação da Empresa e o *cram down* são tratados direta e detidamente no julgamento do Agravo Interno no AResp Nº 1.551.410/SP, sendo que as disposições dos artigos 45, § 1º, e 58, § 1º, I, ambos da Lei nº 11.101/05 são afastadas, pelo que o último restou vilipendiado em nome do primeiro.

A ementa do referido julgado deixa em evidência o choque frontal com o texto legal:

DIREITO EMPRESARIAL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO. APROVAÇÃO JUDICIAL. CRAM DOWN. REQUISITOS LEGAIS. EXCEPCIONAL MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. DECISÃO MANTIDA.

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

2. "Assim, visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, é que deve agir o magistrado com sensibilidade na verificação dos requisitos do 'cram down', preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela sua flexibilização, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores" (REsp 1337989/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 04/06/2018).

3. O exame da alegada violação do texto legal prescindiu do revolvimento de material fático-probatório dos autos, sobretudo ante o detalhamento, na decisão de primeira instância e no acórdão recorrido, das circunstâncias em que se dá a controvérsia, limitando-se a discussão sobre questões de natureza jurídica. Não incide o óbice da Súmula n. 7/STJ.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

No caso concreto, um dos credores da classe quirografária, detentor de mais de 50% (cinquenta por cento) do total dos créditos, opôs-se à aprovação do plano de recuperação judicial, o que, em princípio, impediria a aplicação do instituto do *cram down*, em consonância com o que dispõe o art. 58, § 1º, I, da Lei nº 11.101/05.

Todavia, o que se viu foi a prevalência do Princípio da Preservação da Empresa em detrimento do texto legal expresso e que foi assim justificado pelo eminente Ministro Relator:

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo nos próprios autos para DAR PROVIMENTO ao recurso especial, de forma que, superados os requisitos previstos no art. 58, § 1º, da LRJF, retornem os autos ao Tribunal de origem para o exame das demais teses deduzidas no agravo instrumento interposto pelo aqui agravado. Publique-se. Intimem-se.

Como demonstra a decisão agravada, a jurisprudência do STJ permite a excepcional concessão do mecanismo "cram down" em casos nos quais, a despeito de não haver sido observado o estrito cumprimento dos requisitos legais, essa circunstância resulta do injustificável comportamento de um único credor, evidenciando abusividade, como no caso aqui examinado.

De outro lado, as razões do agravo nos próprios autos impugnam suficientemente os fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial, tendo a agora agravada afirmado de modo expresso que "a matéria tratada em sede de Recurso Especial não objetiva ou, ao menos, não implica em reexame do campo probatório, mas, sim, na interpretação dos dispositivos legais exaustivamente acima apontados e igualmente discorrida no referido recurso quanto à alegação da vulnerabilidade aqueles dispositivos atacados, não encontrando, portanto, impedimento ao seu processamento"(e-STJ, fl. 363).

A tal assertiva, outrossim aduziu argumentos jurídicos no sentido de que violados os arts. 47 e 58, § 1º, da lei de regência, a par do art. 942 do CPC/2015 (este último não examinado em razão de aplicada a norma do art. 282, § 2º, da lei processual), suficientes para o acolhimento de sua pretensão recursal, como de fato ocorreu.

O exame da alegada violação do texto legal prescindiu do revolvimento de material fático-probatório dos autos, sobretudo ante o detalhamento, na decisão de primeira instância e no acórdão recorrido, das circunstâncias em que se dá a controvérsia, limitando-se a discussão sobre questões de natureza jurídica.

Vale dizer, ainda, que as partes não questionam os fatos afirmados no aresto recorrido, senão apenas discutem sobre a aplicação do direito.

Não incide o óbice da Súmula n. 7/STJ.

Assim, não prosperam as alegações constantes no recurso, incapazes de alterar os fundamentos da decisão impugnada.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

Posicionamento diverso foi o adotado pela eminente Ministra Maria Isabel Gallotti que, em determinado trecho de seu voto, assinalou:

No caso ora em julgamento, não se verifica abuso do agravante ao exercer seu direito de voto, ferramenta principal para tutelar o seu crédito.

Com efeito, não se alega tenha buscado vantagem ilícita, como prejudicar concorrentes ou obter benefícios exclusivos; não se demonstra que o recebimento nas condições previstas no plano (expressivo deságio, longa carência, sem juros e com limitação de correção monetária) lhe seria mais benéfico do que a liquidação da empresa; não se tratou de rejeição do plano decorrente de maioria ocasional em assembléia com pequeno comparecimento de credores. Tão pouco se pode afirmar se tratar de credor de pouca relevância. Ao contrário, cuida-se do principal credor, daquele que mais contribuiu com recursos para o fomento da atividade da empresa e que, portanto, naturalmente deve ter maior poder de interferir com suas decisões na assembléia de credores.

(...)

Tendo por base o panorama de fato traçado no acórdão recorrido, considero, data maxima vênia, plenamente justificado o voto contrário apresentado pelo banco, pois foram verificados aspectos do plano que impõem sacrifício demasiado do respectivo crédito. Não há excepcionalidade a justificar o afastamento da regra do art. 58, mediante a simples desconsideração do voto do credor majoritário.

Assim, muito embora o agravante tenha sido o único voto relevante a opôr objeção ao plano, tem-se que não foi atendido voto favorável de mais da metade de todos os créditos presentes à assembléia (art. 58, § 1º, inciso I). E não se trata de pouca diferença entre os créditos, se considerados por cabeça; o peso do banco é e deve mesmo ser considerável nas negociações, com seus quase 57% opostos aos 43% pulverizados por outros credores; não à toa o voto condutor do acórdão recorrido põe em relevo que "o fato de ser uma instituição financeira por si só não torna o credor culpado pela concessão do crédito e por isso sujeito à vontade dos demais, ainda que os créditos sejam muito inferiores ao seu" (e-STJ, fl. 188).

A par das prerrogativas de que é investido em razão de seu crédito, o plano lhe impõe cláusulas cuja rejeição não se pode, razoavelmente, ter por abusiva.

O Ministro Raul Araújo acompanhou a divergência inaugurada pela Ministra Maria Isabel Gallotti, mas ambos restaram vencidos pelos Ministros Relator, Luis Felipe Salomão e Marco Buzzi.

Os votos vencidos quando do referido julgamento demonstraram inegável preocupação quanto à mitigação do texto legal expresso no art. 58, § 1º, I, da Lei de Falências, o que conduz à banalização da aplicação do *cram down* e à (quase) absolutização do Princípio da Preservação da Empresa.

Além de representar sério impacto na jurisprudência pelas razões *supra*, o julgado em estudo acaba também por afetar gravemente o jurisdicionado, na medida em que os afetados diretamente pelo plano de recuperação aprovado pela

Assembleia de Credores estão à mercê do cumprimento casuístico do texto legal expresso na Lei nº 11.101/05.

A insegurança jurídica se mostra manifesta diante do que decidido pela Turma Julgadora do caso em comento, sobretudo se considerado que vem a consolidar entendimento anterior do mesmo Tribunal (ainda que menos detido) acerca da prevalência do Princípio da Preservação da Empresa. Nesse sentido, tem-se o que destacado por Lobo e Abraão sobre o caso objeto deste artigo:

Ocorre, no entanto, que essa decisão abre um precedente perigoso para a segurança jurídica das relações empresariais. De fato, a decisão prioriza a nova chance ao devedor, porém, destoa das regras instituídas pela lei, abrindo margem para interpretações que podem flexibilizar demasiadamente os critérios de votação, violando a autonomia da vontade dos credores. Sim, isso pode impactar sensivelmente o mercado em diversos setores, já que a vontade do credor terá a sua autonomia tolhida pelo Judiciário sem que exista um critério objetivo e previsível.

(...)

Não parece razoável, no atual regime consensual, obrigar o credor bancário a reconhecer prejuízo de tal monta (60% de deságio + prazo de pagamento de oito anos sem juros) simplesmente porque se assim não for se estaria desatendendo ao princípio da preservação da empresa. Ora, se a empresa devedora efetivamente carece de tamanho abatimento, parece improvável que ela possa mesmo recuperar-se, como infelizmente sói ocorrer. A função social da empresa só é plenamente exercida quando a empresa é lucrativa e viável. No plano econômico e das relações sociais, pior que uma empresa falida é uma empresa inviável. Ela gera expectativas em suas novas contratações, as quais tendem, lamentavelmente, à frustração e prejuízos, diante da situação financeira agonizante tendente à quebra.

Uma vez mais, verifica-se a preocupação com a segurança jurídica das relações jurídicas encartadas pelo devedor e seus credores, especialmente diante de uma temerária mitigação do que dispõe o artigo de lei vigente.

#### **4. AS SOLUÇÕES PARA AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS EXPERIMENTADAS A PARTIR DO JULGAMENTO DO AGRAVO INTERNO NO ARESP Nº 1.551.410/SP**

Além da óbvia necessidade de cumprimento do que dispõe o texto legal contido na Lei nº 11.101/05, sugere-se, para fins de estancamento da sangria provocada pelas consequências jurídicas observadas e a serem observadas a partir do julgado objeto deste artigo, um rigor absoluto na aplicação de (eventual) mitigação do disposto nos artigos 45, § 1º, e 58, § 1º, I, ambos da Lei nº 11.101/05.

No bojo do já citado voto divergente apresentado pela culta Ministra Maria Isabel Gallotti, após esta apontar para o rigor exigido pelo eminente Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do Recurso Especial nº 1.337.989/SP, asseverou o que se segue (e que deve servir de complemento às soluções mencionadas acima):

Ou seja, naquela hipótese foram atendidas as exigências enumeradas nos incisos I e II do § 1º do artigo 58 da Lei 11.101/2005. Houve, portanto, o voto favorável de credores representantes de mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia. E, quanto ao inciso III, presentes três credores da classe que rejeitou o plano, houve aprovação por um deles cujo crédito era de 97,46376 % do total dos créditos da classe.

Era, a toda evidência, razoável a mitigação da exigência de atendimento cumulativo dos requisitos elencados no dispositivo em análise. Não havia aprovação de mais de 1/3 dos credores na classe, mas havia aprovação de justamente 1/3, que, ademais, representava 97,46376% dos créditos da classe. Pode-se dizer, em linguagem informal, que o plano por muito pouco não foi aprovado. Desse modo, foi adequado e proporcional impor o acordo aos credores que mostraram objeção a fim de atender aos declarados objetivos de salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos.

O entendimento do STJ acerca do tema tem em mira evitar eventual abuso do credor, cujos créditos sejam minoritários, em face do princípio da preservação da empresa.

O princípio da preservação da empresa, entretanto, tão caro ao nosso sistema legal, de inegável importância social e econômica, não é de ser mantido a qualquer custo. Cabe ressaltar que há também custo social quando se impõe limitação excessiva ao crédito. Fábio Ulhoa Coelho lembra que:

O que justifica, então, o instituto da recuperação judicial num direito fundado na livre-iniciativa e livre concorrência? Sem as soluções de mercado, para a empresa em crise superar suas dificuldades, será necessário impor aos credores um sacrifício (o valor de seus créditos

será reduzido ou o vencimento, postergado). Esse "custo" da recuperação judicial é "social", porque os credores posteriormente procurarão compensar suas perdas aumentando os preços dos produtos e serviços; portanto, o custo da recuperação judicial será suportado por nós, consumidores. (Novo Manual de Direito Comercial - Direito de Empresa - Editora Revista dos Tribunais, 32ª edição, p. 347).

No mesmo sentido, vê-se a lição de Scalzilli, Spinelli e Tellechea:

Embora o princípio da boa-fé não imponha um dever ao credor de concordar com o plano de recuperação judicial apresentado em juízo pelo devedor, não há dúvidas de que o referido princípio pauta toda a atuação dos credores, gerando deveres laterais de informação e de consideração.

Nessa lógica, pode haver abuso do direito de voto quando o credor descumprir seu dever de lealdade para com a comunhão de credores e para os demais credores individualmente considerados, assim como quando simplesmente se recusa a entabular negociações com o devedor e/ou demais credores. Na tentativa de sistematizar a questão, entende-se que são possíveis critérios para averiguar o abuso do voto de credor na deliberação acerca do plano de recuperação judicial (i) a exequibilidade dos seus termos e condições e, a partir daí, a probabilidade de superação da crise; e (ii) a comparação entre a posição do credor a recuperação judicial e em uma eventual falência da recuperanda (best-interest-of-creditors test, na expressão utilizada nos Estados Unidos).

Tal como se viu na importante lição de Fábio Ulhoa Coelho, há um custo social que também é sentido pelo consumidor dos produtos/serviços ofertados pela empresa beneficiária da recuperação judicial e que também deve ser levado em consideração pelo julgador no momento de mitigação dos comandos legais referentes ao *cram down*.

## 5. CONCLUSÃO

A partir do exame do julgamento do Agravo Interno no AResp Nº 1.551.410/SP, observa-se, claramente, a perigosa tendência de absolutização do Princípio da Preservação da Empresa em detrimento de texto legal expresso.

O instituto do *cram down*, que representa por si só exceção ao plano frustrado de recuperação apresentado pela Assembleia de Credores, acaba por receber nova exceção, na medida em que o disposto nos artigos 45, § 1º, e 58, § 1º, I, ambos da Lei nº 11.101/05, passa a ser inobservado.

Há de ser assinalado que não só a jurisprudência acaba sendo impactada pela orientação advinda do Superior Tribunal de Justiça, mas, igualmente, os envolvidos no plano (destacando-se aí o credor de boa-fé e detentor de mais da metade dos créditos, que, nos termos do art. 58, § 1º, I, da Lei nº 11.101/05, passa a ter sua influência na votação vilipendiada) e também os consumidores que estão à mercê de uma empresa que, ao fim e ao cabo, não deveria mais ofertar produtos e/ou serviços ao mercado.

Verifica-se um longo caminho a ser seguido pelos Tribunais Superiores na luta contra os casuísmos jurídicos tão perniciosos à segurança jurídica e que, muitas vezes, conta com critérios lacunosos, pouco rígidos e de duvidosa cientificidade.

Nesse sentido, propõe-se, como forma de fortalecer a segurança jurídica, alteração legislativa de modo a que a Lei nº 11.101/05 seja acrescida do § 2º-A em seu art. 58, que deverá ser assim expresso:

§ 2º-A - Em situações excepcionalíssimas, o juiz estará autorizado a mitigar o requisito contido no § 1º, inciso I, deste artigo, desde que demonstrada a ausência de boa-fé dos credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes.

Cabe ao Judiciário a filtragem severa e sóbria de práticas que, a pretexto de se mostrarem imbuídas do nobre objetivo de contribuir para o soerguimento da empresa, acabam por guardar profundos impactos negativos nos credores, jurisdicionados e no próprio mercado.

Que os votos divergentes colhidos quando da realização do julgado objeto deste artigo sirvam de importante advertência para futuras incursões de julgadores na temática posta, sobretudo quanto à eleição dos critérios a serem observados para fins de mitigação do *cram down*.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Brasília, DF: Presidência da República, [2023] Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm)>. Acesso em 12 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Agravo Interno no AREsp nº 1.551.410/SP**. Relator Antonio Carlos Ferreira. julgado em 29 de março de 2022, publicado no diário de justiça eletrônico de 24 de maio de 2022.

CARVALHOSA, Modesto. Capítulo II. A Preservação da Empresa e seu Saneamento . Tratado de Direito Empresarial - 5. ed. - Recuperação Empresarial e Falência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 28/29.

LOBO, Arthur Mendes Lobo; ABRAÃO, Eduardo Lysias Maia. Novos limites à liberdade do credor na recuperação judicial. Consultor Jurídico. 2022. *in*: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-08/loboe-abraao-novos-limites-liberdade-credor-rj>. Acesso em: 12/08/2023.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de Empresas e Falência, teoria e prática na Lei 11.101/2005. São Paulo: Ed Almedina, 2018.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas, v. 3 /. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Atlas, 2017. p. 97.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas, v. 3 /. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Atlas, 2017. p. 296.