Registro: 2018.0000621271

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2221901-50.2016.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é agravante BANCO DO BRASIL S.A. e agravada BBKO CONSULTING S.A. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL).

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Nos termos do artigo 942 do CPC, deram provimento ao recurso, vencidos o relator, que declara voto, e o 5º desembargador. Acórdão com o 3º desembargador. Indeferido pedido de sustentação oral formulado pelo drº Gabriel Battagin Martins.", de conformidade com o voto do Relator Designado, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEXANDRE MARCONDES (Relator Sorteado), ARALDO TELLES (2º Juiz), GRAVA BRAZIL (3º Juiz e Relator Designado), RICARDO NEGRÃO (4º Juiz) e MAURÍCIO PESSOA (Presidente e 5º Juiz).

São Paulo, 13 de agosto de 2018.

GRAVA BRAZIL

RELATOR DESIGNADO

Assinatura Eletrônica

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº: 2221901-50.2016.8.26.0000

AGRAVANTE: BANCO DO BRASIL S.A.

AGRAVADA: BBKO CONSULTING S.A. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL)

INTERESSADA: ACFB ADMINISTRAÇÃO JUDICIAL LTDA

COMARCA: BARUERI

JUÍZA PROLATORA: MARIA ELIZABETH DE OLIVEIRA BORTOLOTO

Recuperação judicial – Decisão que homologa o PRJ – Inconformismo do principal credor - Acolhimento – Violação ao disposto nos arts 45, § 1º, e 58, § 1º, da LFRE – Desrespeito, no curso do processamento do pedido de recuperação, aos prazos fixados na lei – Aprovação pela maioria dos créditos quirografários não atingida – Ausência de aprovação da metade dos créditos sujeitos à recuperação – Irrelevância do principal credor ser o único a se opor à aprovação – Instituição financeira que, ao conceder crédito, legitima-se a opinar na recuperação – Inadimplemento que gera custo de mercado e afeta a coletividade como um todo – Inaplicabilidade ao caso concreto da teoria do *cram down* – Aspectos abusivos do plano que não podem ser olvidados – Excesso de deságio e prazo de carência que se soma ao longo prazo de processamento do pedido de recuperação – Parcelamento sem juros e com limitação de correção monetária que implica em novo deságio, ainda que indireto – Julgador que não pode se transformar em mero homologador de planos de recuperação judicial, sem exercer qualquer juízo de valor, inclusive, sobre o desrespeito aos requisitos legais ensejadores da benesse – Oposição à homologação justificada – Decisão reformada – PRJ rejeitado - Recurso provido

VOTO Nº 30041

I - Trata-se de *agravo de instrumento* interposto pelo credor Banco do Brasil S/A contra a decisão que deferiu a recuperação judicial da empresa BBKO Consulting S/A

(fls. 28/33).

Inconformado, recorre o referido credor, alegando, em síntese, violação os arts. 45 e 58, § 1º, I, da LFRE, pois o Plano de Recuperação Judicial não obteve aprovação em todas as classes votantes e nem obteve a aprovação pelos credores que representam metade dos créditos presentes à AGC. Aduz que o PRJ foi rejeitado por 56,86% dos créditos presentes à AGC. Ataca a aplicação do mecanismo denominado *cram down*. Pede efeito suspensivo, que seja declarado rejeitado o PRJ e decretada a falência da BBKO.

O recurso foi processado sem o efeito almejado (fls. 124/125), sendo apresentadas contraminutas pelo administrador judicial (fls. 127/134) e pela recuperanda (fls. 135/147).

O Ministério Público posicionou-se pelo provimento em parte do recurso, para o fim de afastar a possibilidade de purgação da mora, em caso de descumprimento das obrigações estabelecidas no PRJ, posto contrária ao disposto nos arts. 73, IV, e 61, § 1º, ambos da LFRE. Confira-se fls. 149/160.

O I. Relator Sorteado dá provimento ao recurso, em r. voto, que recebeu a seguinte ementa:

> "Recuperação judicial. Homologação do plano. Aprovação judicial pelo cram down. Previsão legal do quórum alternativo. Aprovação pela maioria expressiva dos credores, independente da classe. Princípio democrático. Rejeição do plano pelo

agravante. Voto abusivo. Caracterização. Preservação da empresa. Novação. A novação resultante da aprovação do plano beneficia apenas e tão-somente as recuperandas. Subsistem, assim, as garantias prestadas por terceiros, de modo que é nulo o item impugnado ao estender os efeitos da novação a terceiros, verificando-se, ainda, afronta à norma do artigo 59, caput, da Lei nº 11.101/05. Purgação da mora. Também não pode ser mantida a cláusula que autoriza a purgação da mora em caso de descumprimento das obrigações dispostas no plano, pois retira a possibilidade de convolação em falência, hipótese expressamente prevista no art. 61, § 1º, da Lei nº 11.101/2005. Recurso parcialmente provido."

A D. maioria diverge nos termos deste voto.

É a síntese do necessário, adotado, quanto ao mais, o relatório do culto Relator Sorteado.

II - A agravada ingressou com pedido de recuperação judicial 20.03.2015, sendo o processamento deferido em 22.04.2015, conforme decisão de fls. 91/92 dos autos originais.

Descumprido o prazo de que trata o art. 6º, § 4º, da LFRE, segundo a lei improrrogável e inexcedível em hipótese nenhuma, houve sua prorrogação, conforme r. decisão de fls. 724/726, também dos autos originais, por sessenta dias.

Descumprida a prorrogação, sem que nada mais, ao que consta, se dissesse ou se deliberasse, foi realizada a AGC, em 16.09.2016 (segunda convocação), ou seja,

mais de um ano e cinco meses do deferimento do processamento, sendo rejeitado o PRJ, em face da seguinte votação:

> "votos válidos favoráveis de 100% (cem por cento) dos créditos e 100% (cem por cento) dos credores da Classe I Trabalhista; 100% (cem por cento) dos créditos e 100% (cem por cento) dos credores da Classe II Garantia Real; 40,55% (quarenta inteiros e cinquenta e cinco centésimos por cento) dos créditos e 85,70% (oitenta e cinco inteiros e setenta centésimos por cento) dos credores da Classe III Quirografária; 100% (cem por cento) dos créditos e 100% (cem por cento) dos credores da Classe IV ME EPP; e um total de 43,14% (quarenta e três inteiros e quatorze centésimos por cento) dos créditos e 95,20% (noventa e cinco inteiros e vinte centésimos por cento) dos credores presentes." (fls. 919 – autos originais)

O exame da votação possibilita aferir que não foi atendido o requisito do art. 45, § 1º, da LFRE, visto que a aprovação com base no valor dos créditos não atingiu montante superior à metade do total dos créditos presentes.

Nesse sentido, tenha-se que referido dispositivo legal estabelece que a proposta necessita ser "aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes" (negrito e grifos não originais).

Note-se que os requisitos são cumulativos, ambos devem ser preenchidos para ser ter o plano por aprovado.

Logo, **o PRJ não preencheu os requisitos**

exigidos pelo art. 45, § 1º, da LFRE.

Entretanto, a LFRE, longe de ser rígida, muito ao contrário, não obstante seja categórica e explicita quanto a determinados pontos, possibilita que o juízo da recuperação, ainda que não atendidos os requisitos do art. 45, homologue o PRJ, mas para isso, estabelece requisitos outros, previstos no art. 58, "desde que, na mesma assembleia", o plano preencha, "de forma cumulativa", os requisitos que especifica.

Vale dizer, o legislador buscou, atento ao princípio da preservação da empresa, ampliar as possibilidades de homologação do plano, mas para isso, necessário, **cumulativamente**, que sejam preenchidos os seguintes requisitos: **(i)** "o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes;" **(ii)** "aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei, caso só haja 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;" e **(iii)** "na classe que houve 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".

No caso, **não foi atendido o requisito estabelecido no inciso I, do art. 58, da LFRE**, pois não obtido voto favorável de mais da metade de todos os créditos presentes à assembleia.

Nem se diga, *data venia*, que por se tratar de apenas um credor a se opor, que sua vontade não deve se sobrepor à vontade dos demais.

Primeiro, porque a lei não excepciona essa hipótese, ainda que flexibilize e admita mais de uma possibilidade para a viabilização do PRJ.

Segundo, porque 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.

Nesse foco, abordando a questão da oposição de agente financeiro à aprovação do PRJ, em situação paradigma, bem pontuou o Des. Ricardo Negrão:

> "a não ser que se entenda que a Lei n. 11.101/2005 concedeu ao Magistrado margem subjetiva à fundamentação da decisão de concessão de pleno recuperatório rejeitado por ampla maioria, não há motivo plausível para desconsiderar o voto de credor habilitado. O fundamento de conduta 'não colaborativa' (...), de inexistir 'lógica econômica' e de que o voto da instituição financeira 'não tem qualquer relação com as finalidades do processo' (...), não encontra respaldo na clara objetividade descrita prevista nos dispositivos que tratam da aprovação alternativa" (AI nº 2178670-07.2015.8.26. 0000, 2ª Câm. Res. de Dir. Empr., j. em 29.02.2016)

Na mesma linha, o r. voto vencido, também do i. Des. Ricardo Negrão, que bem coloca a questão da não abusividade da posição adotada pelo credor prejudicado, que se opõe à recuperação, e da ofensa ao princípio da legalidade, quando

a aprovação se dá ao arrepio dos requisitos legais. Eis o excerto:

> "Evidente o não preenchimento dos requisitos legais para a concessão da recuperação judicial. Entretanto, a r. decisão considerou abusivo o voto contrário do recorrente, relativizando o dispositivo legal em benefício da coletividade. Sendo assim, o provimento buscado pelo agravante exige o afastamento da declaração de abusividade do voto e constatação de ilegalidade no PRJ." (AI nº 2226798-58.2015.8.26.0000 – Relator Designado Des. Carlos Alberto Garbi – Declaração de Voto Vencido do Des. Ricardo Negrão, j. em 25.05.2016)

Prossegue:

> "Constata-se, entretanto, ausência de abusividade no voto de rejeição do agravante, diante da violação ao princípio da legalidade no plano de recuperação judicial da agravada no que se refere às previsões dilatórias, remissórias e falta de transparência, conforme decidido neste julgamento." (ibidem)

Destarte, não se pode olvidar, que todos os cidadãos, de alguma forma, são tomadores de empréstimo, sujeitam-se às leis de mercado e ao custo social da economia, que sofre impacto direto do inadimplemento, ainda que parcial < e no caso, como se verá substancial > do crédito.

Se há aumento do inadimplemento, aumenta o custo do dinheiro, dificultando ou tornando mais onerosa a

tomada de empréstimos no mercado, prejudicando os cidadãos e os empresários que, não tomadores do favor legal da recuperação judicial, necessitam das instituições financeiras para a gestão de seu negócio.

Uma má recuperação judicial não interessa a ninguém, salvo ao mau gestor ou ao empresário incompetente ou desleal.

Onde a lei não excepciona, não cabe ao interprete excepcionar, ainda que, ou com mais razão, o interprete seja o aplicador da lei.

Nem se diga que seria o caso de aplicação do denominado *cram down*, teoria alienígena, não consagrada na lei, mas admitida na jurisprudência, e cuja incidência somente pode ocorrer em situações especialíssimas, que não parece ser o caso em exame.

Mas não é só, outras circunstâncias se somam para a rejeição do PRJ.

Como se verá, a oposição, *data maxima venia*, à aprovação, formalizada pelo agravante, ao contrário do constante da r. decisão recorrida, está longe de ser abusiva.

O plano traz sim aspectos abusivos e excessivamente onerosos, ainda que a uma das classes credoras, em especial ao credor agravante, pois propõe um deságio significativo de 60%, ou seja, o credor não receberá sequer 50% do

seu crédito. Aliás, receberá muito menos, pois, como a proposta foi de pagamento em 96 parcelas ou oito anos, com limitação da correção monetária a 4% ao ano, uma inflação que exceda esse percentual implicará em < novo > deságio indireto.

Assim, um crédito de cerca de mais de três milhões é transformado em pouco mais de um milhão, mais precisamente R$ 3.360.598,21 transformam-se em R$ 1.344.239,28, e sujeitar-se-á a um pagamento de parcelas de pouco mais de R$ 14.000,00, na verdade R$ 14.002,49, com limitação de correção monetária e sem qualquer incidência de juros.

Ora, com um quadro dessa natureza, sempre com o devido respeito, não se justifica taxar de abusiva a oposição da agravante, abusivo é o PRJ.

Por outro lado, mas no mesmo contexto, vale, ainda, ressaltar, que o prazo de carência de doze meses acaba por ser, na prática, também uma afronta ao interesse da agravante, visto que sua contagem é da homologação, de forma que a recuperanda beneficia-se do descumprimento do chamado período de *stay*, da prorrogação concedida e de todo o tempo posterior transcorrido, com o primeiro pagamento ocorrendo cerca de três anos após postular a recuperação.

Sobre isso, interessante notar que a primeira parcela do plano haveria de ser paga em outubro de 2017, sendo que, em consulta ao incidente nº 0007427-82.2016.8.26.0068, onde

se encontram os relatórios do administrador judicial, está dito que os pagamentos já deveriam ter se iniciado !?!?! (cf. relatório de 20.10.2017 – fls. 191 do referido incidente), no entanto, prova de que tenham sido feitos não foi trazida aos autos.

Ademais, se "não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores" (Enunciado nº 46 do CJF), nem por isso o magistrado se transforma em mero homologador de planos, cuja intervenção no processo de recuperação passa a ser estéril e desprovida de justificativa, mormente quando a homologação olvida o comando normativo que estabelece os requisitos para o favor legal.

No dizer de Fábio Ulhoa Coelho:

> "Por ser a sociedade brasileira como um todo que arca, em última instância, com os custos da recuperação das empresas, é necessário que o Judiciário seja criterioso ao definir quais merecem ser recuperadas, Não se pode erigir a recuperação de empresas em um valor absoluto. Não é qualquer empresa que deve ser salva a qualquer custo. Na maioria dos casos, se a crise não encontrou uma solução de mercado, o melhor para todos é a falência, com a realização em outras atividades econômicas produtivas de recursos materiais e humanos anteriormente empregados na falida."

E continua:

> "Em outros termos, somente as empresas viáveis devem ser

> objeto de recuperação judicial (ou mesmo extrajudicial). Para que se justifique o sacrifício da sociedade brasileira presente, em maior ou menor extensão, em qualquer recuperação de empresa não derivada de solução de mercado, o empresário que a postula deve se mostrar digno do benefício. Deve mostrar, em outras palavras, que tem condições de devolver à sociedade brasileira, se e quando recuperado, pelo menos em parte o sacrifício geral feito para salvá-la."[1]

Quanto ao fato de ser a recuperanda mera prestadora de serviço, com imobilizado incipiente, essa é questão a ser aferida em momento oportuno, até porque uma empresa cuja sede, situada em Município vizinho, por questões não explicadas, sequer é utilizada (vide fls. 97/98 dos autos originais), não transmite segurança de viabilidade e nem recomenda que continue atuando no mercado.

Em suma, a oposição à aprovação do plano se mostra justificada, pois não foram atendidos os requisitos dos arts. 45 e/ou 58, § 1º, da LFRE, houve desrespeito manifesto ao art. 6º, § 4º, do mesmo diploma, ainda que considerada a prorrogação concedida, e a proposta de pagamento mostra-se abusiva e ausente de razoabilidade.

Por tudo isso, acolho o inconformismo, para o fim de reformar a r. decisão agravada, afastar a homologação do plano, não sendo o caso de, diante do tempo decorrido, oportunizar a apresentação de novo PRJ; tivesse a recuperanda cumprido

---

[1] In Novo Manual de Direito Comercial, RT, 29ª ed., p. 355.

todos os prazos legais e até se poderia pensar nessa possibilidade.

Assim e atento à lição de Ricardo Negrão, "Embora o objetivo descrito na lei seja preservar a atividade empresarial, a falência de empresário ou sociedade empresária não é descartada desde logo, com o pedido recuperatório ou em razão dele. Pelo contrário, deve ser decretada tão logo constatada a inviabilidade formal ou econômica (i.e. o desinteresse dos credores, o descumprimento das formalidades processuais ou das obrigações materiais assumidas), acarretando a liquidação de seu ativo para pagamento dos credores, mesmo se o conjunto de unidades produtivas não puder ser mantido íntegro, tampouco a atividade anteriormente desempenhada pelo devedor."[2].

Vale dizer, não preenchidos os requisitos legais para a concessão da recuperação, ausente abusividade na oposição pelo credor e não convencendo o PRJ quanto à efetiva reestruturação econômica da empresa, em diapasão com uma proposta razoável de solução dos créditos, melhor que se determine de imediato a quebra da empresa.

III - Eventuais embargos declaratórios serão julgados em sessão virtual, salvo se manifestada oposição na própria petição de interposição dos embargos, nos termos dos artigos 1º e 2º, da Resolução n.º 549/2011, do C. Órgão Especial, deste E. Tribunal de Justiça, entendendo-se o silêncio como concordância.

IV - Ante o exposto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso, para o fim de revogar a decisão que concedeu a recuperação judicial à agravada, determinando, desde

[2] i. Ricardo Negrão, Preservação da empresa: princípio?, 2016, 115f. Tese de Doutorado. Programa de estudos pós-graduados em direito. PUC – SP.

logo, sua quebra, nos termos do art. 73, III, da Lei nº 11.101/2005**.**

DES. GRAVA BRAZIL – Relator Designado

Agravo de Instrumento nº 2221901-50.2016.8.26.0000
Comarca: Barueri (6ª Vara Cível)
Agravante: Banco do Brasil S/A
Agravada: BBKO Consulting S/A (Em Recuperação Judicial)
Juíza: Maria Elizabeth de Oliveira Bortoloto

VOTO Nº 13.065

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

Trata-se de *agravo de instrumento* interposto por Banco do Brasil S/A contra a decisão reproduzida a fls. 28/33, que concedeu a recuperação judicial da empresa BBKO Consulting S/A, alegando, em síntese, violação do disposto nos artigos 45 e 58, § 1º, I da Lei nº 11.101/05, pois votaram contra a aprovação do plano credores que representam o valor de 56,86% de todos os créditos presentes à assembleia geral de credores. Afirma que não agiu com abuso de direito e que não é possível, no caso concreto, a aplicação do mecanismo do *cram down.* Impugna ainda os itens 7.3 e 7.6 do plano aprovado, pedindo a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Foi indeferido o efeito suspensivo (fls. 124/125).

Contraminutas pelo Administrador Judicial (fls. 127/134) e pela recuperanda (fls. 135/147).

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento do recurso (fls. 149/160).

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Respeitado o entendimento da douta maioria, pelo meu voto dava parcial provimento ao recurso.

Na Assembleia Geral de Credores da recuperação judicial requerida pela agravada, realizada em 16 de setembro de 2016, não houve atendimento do quórum estabelecido no art. 45 da Lei nº 11.101/2005, conforme informou o Administrador Judicial. Diante disso, a D. Magistrada, com fundamento no *cram down*, homologou o plano apresentado, *verbis*:

> *"Em petição digitalizada a fls. 885, a Administradora Judicial aduziu que o plano de recuperação foi rejeitado pela Classe III Quirografária, na qual apenas um dos credores Banco do Brasil S/A detinha sozinho 56,86% (cinquenta e seis inteiros e oitenta e seis centésimos por cento) dos créditos presentes, sendo desnecessária, portanto, com o devido respeito ao Parquet, nova manifestação.*
>
> *Nota-se, num primeiro instante, a abusividade do voto contrário à aprovação do plano de recuperação judicial, dado por instituição financeira Banco do Brasil S/A que, sozinha, é titular de mais da metade dos créditos da Classe III − Quirografária.*
>
> *O princípio da preservação da empresa, um dos vetores da Lei n.º 11.101/2005, reflete o interesse do Estado na conservação da atividade empresarial, eis que uma infinita gama de interesses, de caráter econômico e social, gravitam em seu entorno. [...]*
>
> *Desta feita, não é razoável rejeitar o plano de recuperação apresentado, com a consequente convolação da recuperação em falência, baseado na vontade externada por apenas 01 (um) dos credores, sendo certo que a preservação da atividade empresarial deve se sobressair aos interesses econômicos da instituição financeira em questão.*
>
> *Por outro lado, da análise acurada do termos do plano de recuperação, observa-se a presença dos elementos que lhe proporcionam sentido econômico. Não apresenta, pois, cláusulas ilegais ou abusivas. Trata-se de plano factível, em tese.*
>
> *Verifica-se, ainda, que a recuperanda comprovou a regularidade de sua situação tributária perante a Fazenda Nacional (fls. 911/912), providência que nem sequer é necessária para o deferimento da recuperação, de acordo com sólido entendimento jurisprudencial e doutrinário [...].*
>
> *Sendo assim, pela conjugação de todos os argumentos acima articulados, entendo que, no caso vertente, é válida a mitigação do requisito previsto no artigo 58, § 1.º, inciso I, da Lei n.º 11.101/2005, para conceder a recuperação judicial à empresa postulante, uma vez que se*

> *mostrou digna da benesse e que há fortes indícios de que, se e quando recuperada, poderá devolver à sociedade parte do sacrifício feito para salvá-la.*
>
> *É a aplicação do que se denomina* 'cram down', *mecanismo extraído da legislação norte-americana, amplamente aplicado pelos tribunais pátrios, segundo o qual, com a deliberação da maioria dos credores, aquele(s) que rejeitar(em) o plano de recuperação judicial deverá(ão) conformar-se com ele, não obstante tenha(m) se manifestado em sentido contrário, pois o mais relevante é a manutenção da empresa, dada sua importância econômica e social.*
>
> *Dessa forma, por todo o exposto, homologo o plano (fls. 589/615) e CONCEDO A RECUPERAÇÃO JUDICIAL à BBKO CONSULTING S/A. Aguarde-se o cumprimento, pelo prazo de 02 (dois) anos, nos termos da Lei"* (fls. 919/924).

O agravante afirma, no recurso, que credores representativos de 56,86% dos créditos presentes na Assembleia votaram contra o plano e, por isso, não foi atendido o quórum do art. 45 da Lei nº 11.101/2005, de modo que o plano não poderia ter sido homologado.

Contudo, na classe dos credores quirografários, apenas o agravante, titular de crédito no valor de R$ 3.360.598,21 (fl. 891), votou contra o plano de recuperação, sendo certo que o plano foi aprovado por unanimidade nas demais classes (I, II e IV, respectivamente trabalhistas, garantia real e EPP/MP − fl. 899). Daí se depreende a abusividade do voto manifestado pelo agravante, cujas alegações a respeito da inviabilidade econômico-financeira do plano não encontram ressonância na vontade manifestada pelos demais credores presentes na Assembleia.

Assim, verifica-se que o *cram down* foi acertadamente aplicado pela D. Magistrada, com fundamento no art. 58 da Lei nº 11.101/2005.

Os credores quirografários presentes na Assembleia titularizavam R$ 5.652.829,71 e o agravante, sozinho, como se viu, titularizava R$ 3.360.598,21. Percebe-se, portanto, que não poderia existir cumprimento escorreito dos quóruns previstos no referido art. 58 da Lei nº 11.101/2005, considerando-se o peso do voto do agravante. E, nestas condições, na qual se

depreende a abusividade do voto de um credor, é permitida a relativização dos requisitos da Lei para o *cram down*, como esclarecem Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli:

> *"Conquanto a doutrina entenda que o* cram down *brasileiro é fundado em um quórum fechado, o princípio da preservação da empresa autoriza o julgador a interpretar os dispositivos normativos da Lei nº 11.101/2005 para além de seus limites literais. No entanto, aqui não se deve olvidar que o princípio da preservação da empresa deve ser ponderado com o princípio da segurança jurídica.*
>
> *O* cram down *também se assenta sobre o princípio da maioria e, portanto, busca reduzir o poder de um ou poucos credores, de modo a promover-se a preservação da empresa. Daí por que diversas têm sido as oportunidades em que se desqualifica voto de credor com base no princípio da preservação da empresa"*
>
> *Em todas as hipóteses de desqualificação de voto do credor, para além da promoção do princípio da preservação da empresa, parece haver o fundamento comum de que não é desejável concentrar todo o poder deliberativo da assembleia, que é órgão colegiado, nas mãos de um único ou poucos credores, que são em número reduzidos e pouco representativos da comunhão de credores. Nesses casos, que tende a ocorrer diante do aumento do abstenseísmo dos credores à assembleia, o judiciário está emprestando um maior peso ao princípio da preservação da empresa, ante a sua maior legitimidade para orientar uma decisão, do que uma deliberação assemblear com baixo quórum[...]*
>
> *Outrossim, jamais será alcançado o quórum alternativo se houver apenas dois credores na classe que tive rejeitado o plano. Desse modo, para alcançar o quórum alternativo, tem-se desqualificado o voto do credor que rejeitou o plano. Da mesma maneira, tem-se desqualificado o voto decisivo para a rejeição do plano de recuperação, de modo a atingir o quórum alternativo de aprovação, sob o fundamento de que o credor que rejeitou o plano está a impugnar a relação de credores do administrador, para não se sujeitar à recuperação judicial"* (A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas, Ed. Forense, 2016, pp. 298-300).

Ademais, não se pode deixar ao livre arbítrio de uma minoria o destino da empresa em recuperação judicial. Justamente nestes casos o *cram down* pode e deve ser aplicado, notadamente se constatado que a maioria dos demais credores de outras classes concordam com a aprovação da proposta,

exatamente como ocorreu.

Não se trata, nessa situação, de supremacia judicial sobre os interesses dos credores, mas de efetiva aplicação do princípio democrático que rege a Assembleia Geral de Credores e todo o processo de recuperação judicial. O fundamento, nesse caso, é a prevalência da **vontade da maioria dos credores**, computados em sua generalidade.

Tampouco se vê tratamento diferenciado na classe de credores quirografários. Foram estabelecidas, sim, condições diversas para pagamento da dívida de acordo com a classe. No entanto, dentro da mesma classe, respeitou-se a condição igual a todos os credores, o que afasta, portanto, a alegação de afronta ao disposto no art. 58,§ 2º da Lei nº 11.101/2005.

De outra parte, no que diz às disposições do plano, não cabe ao juiz adentrar no exame da viabilidade econômica do plano que os credores aprovaram, tal como o agravante pretende seja feito, conforme o Enunciado nº 46 da Jornada de Direito Comercial promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2012: *"Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores"*.

No caso concreto, as condições estabelecidas para o pagamento dos credores quirografários não são ilegais, abusivas ou excessivamente onerosas. Tais condições são medidas financeiras usualmente adotadas nos planos de recuperação judicial, conforme expõem João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea:

> *"As técnicas de reestruturação financeira são as mais comuns e potencialmente as mais eficazes, pois dão tratamento direto ao passivo da recuperanda. Entre elas estão: (i) a remissão parcial de dívidas ("abatimento", "deságio"); (ii) o alongamento das dívidas, vencidas e vincendas, com a concessão de prazos especiais de pagamento, parcelamentos e até pagamentos atrelados a um percentual do faturamento*

ou do lucro da empresa; (iii) a concessão de carência para o início dos pagamentos; (iv) a substituição de taxas de juros vigente e até a supressão dos juros e da correção monetária pela estipulação de parcelas fixas; (v) a conversão definitiva de dívidas em moeda estrangeira, com a supressão do risco cambial; (vi) os aportes de capital; (vii) a dação em pagamento de bens da empresa ou dos sócios para amortizar ou liquidar dívidas (nesta última hipótese o sócio se tornará credora da sociedade); (viii) a captação de recursos com a emissão de valores mobiliários, como debêntures, conversíveis ou não em ações; entre outras" (Recuperação de Empresas e Falência, Ed. Almedina, 2016, p. 304).

Feitas estas considerações, o plano dedica capítulo específico para esclarecer a forma pela qual se dará o pagamento de seus credores quirografários, *verbis*:

"Para o pagamento dos Credores da Classe III o plano prevê um deságio de 60% (sessenta por cento) sobre o total dos créditos, sendo que após o deságio incidirão a atualização monetária da dívida.

Início dos pagamentos após carência de 12 (doze) meses, a contar da data da publicação no Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo da decisão de homologação do Plano de Recuperação Judicial.

Após a carência, os valores serão pagos em 96 (noventa e seis) parcelas iguais, mensais e consecutivas.

Os saldos dos créditos serão atualizados pelo Índice de Preços ao Consumidor Ampliado − IPCA / IBGE sendo um percentual anual máximo de 4%".

O deságio de 60% não é excessivo. Representa sacrifício razoável dos credores sem que seus créditos sejam aniquilados.

Como bem observado pelo eminente Desembargador Enio Zuliani por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 0062115-09.2013.8.26.0000 (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 29/08/2013):

"[...] *é comum que tais propostas apresentem projeto para quitação das obrigações junto aos credores prevendo pagamentos de valores com deságio, sendo certo que tal previsão, por si só, não materializa ilegalidade, porquanto em tais situações todas as partes devam ceder parte dos seus créditos para possibilitar a recuperação da empresa*

em crise (...) não se pode declarar a nulidade da previsão do deságio de 40% sobre o valor da dívida, na medida em que tal percentual não enseja pagamento de valor insignificante e se mostra adequado à realidade financeira da empresa em recuperação".

Na mesma linha, considerando válido deságio de 50% (Agravo de Instrumento nº 2066972-25.2017.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 29/08/2017; Agravo de Instrumento nº 2069907-38.2017.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 24/08/2017), de 60% (Agravo de Instrumento nº 2023912-41.2013.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 06/02/2014; Agravo de Instrumento nº 0237100-88.2012.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 26/03/2013) e de 80% (Agravo de Instrumento nº 2185286-61.2016.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Fabio Tabosa, j. 27/03/2017; Agravo de Instrumento nº 2170700-19.2016.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 08/02/2017).

O mesmo se diga em relação ao prazo de carência (12 meses) e de pagamento da dívida (até 8 anos) e a correção monetária, de acordo com o IPCA/IBGE, em percentual anual máximo de 4%.

O alongamento da dívida e o prazo mais dilatado para que seja paga é medida necessária para o saneamento da empresa. Sem esse alongamento é difícil imaginar que o fluxo de caixa da empresa possibilite sua recuperação e a geração de recursos que permitam até mesmo o pagamento dos credores. Esta equação certamente deve ter sido sopesada pelos credores quando da aprovação do plano.

A propósito enfatiza Sérgio Campinho que:

"A superação do estado de crise econômico-financeira vai depender da vontade dos credores do devedor. Reversível será ela, pois, pela combinação de esforços deste e daqueles. Nesse passo, pode-se dizer

> *que se revelou transitória. Não se alcançando esse ponto de equilíbrio, emerge a crise insuperável, partindo-se para a eliminação da empresa pela falência de seu titular, que resultará na liquidação do ativo insolvente para ser repartido entre seus credores, segundo um critério legal de preferência"* (Falência e Recuperação Judicial, Ed. Renovar, 6ª ed., 2012, p. 126).

Acerca do prazo de carência para o pagamento dos credores as Câmaras Reservadas de Direito Empresarial já consideraram válidas cláusulas de plano de recuperação judicial que o estipularam, por exemplo, em 13 meses (Agravo de Instrumento nº 2062583-94.2017.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 13/09/2017), 18 meses (Agravo de Instrumento nº 2098842-88.2017.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 18/09/2017) e 20 meses (Agravo de Instrumento nº 2017556-93.2014.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 03/04/2014).

No que diz respeito ao prazo de pagamento em si, tem-se admitido prazos de 7 anos (Agravo de Instrumento nº 2122098-94.2016.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Fabio Tabosa, j. 24/02/2017), 10 anos (Agravo de Instrumento nº 2124309-69.2017.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 13/11/2017; Agravo de Instrumento nº 2014604-73.2016.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, j. 13/02/2017), de 12 anos (Agravo de Instrumento nº 2080153-93.2017.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 18/08/2017; Agravo de Instrumento nº 2178688-91.2016.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 07/12/2016) e até mesmo de 15 anos (Agravo de Instrumento nº 2123558-19.2016.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 28/11/2016).

Quanto à correção monetária, possui inequívoco caráter patrimonial e, portanto, disponível. O que não se tem admitido é a sua não

previsão, notadamente quando o prazo de pagamento dos credores é muito extenso (Agravo de Instrumento nº 2129435-08.2014.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 10/12/2014; Agravo de Instrumento nº 2050371-80.2013.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Araldo Telles, j. 17/11/2014; Agravo de Instrumento nº 2126898-39.2014.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 08/10/2014), não sendo este o caso dos autos, no qual se considera válida a limitação da correção ao percentual máximo de 4% ao ano.

Todavia, ressalva deve ser feita no tocante à cláusula 7.6 do plano de recuperação judicial (fl. 75 do instrumento e 606 dos autos de origem):

> *"A aprovação do plano de recuperação e demais deliberações aprovadas em Assembleia Geral de Credores - AGC e "homologadas" pelo Juízo da Recuperação Judicial obrigarão a Recuperanda e seus credores sujeitos à Recuperação Judicial, ou que tiverem aderido aos termos deste Plano, assim como os seus respectivos sucessores a qualquer título, e implicarão em novação de todos os créditos sujeitos aos efeitos da Recuperação Judicial e daqueles cujos credores tenham aderido ao Plano, respeitadas às condições o disposto no artigo 58 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas nº 11.101 de 09/02/2005.*
>
> *Com a aprovação do Plano de Recuperação Judicial aqui apresentado, automaticamente, todas as dívidas serão consideradas novadas, para todos os efeitos.*
>
> *Com o pagamento integral dos créditos nos termos e formas estabelecidos neste Plano de Recuperação, os respectivos créditos serão considerados integralmente quitados e o respectivo credor dará a mais ampla, geral, irrevogável e irretratável quitação, para nada mais reclamar a qualquer título, contra quem quer que seja com relação aos créditos previstos e descritos neste plano"* (fls. 606/607).

A disposição supracitada, de fato, é nula, porque o artigo 49, §1º da Lei nº 11.101/05 é expresso ao estatuir que *"Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso"*. Em comentário àquele dispositivo legal lecionam Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli o seguinte:

> *"Dispõe o art. 49, § 1º da LRF que os 'credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso'. Vale dizer, a recuperação judicial não afetará a posição do credor da empresa devedora relativamente aos seus coobrigados, conforme entendem José da Silva Pacheco, Manuel Justino Bezerra Filho, Júlio Kahan Mandel, Marcos Andrey de Souza, Rachel Sztajn e Vera Helena de Mello Franco. Conforme a expressiva dicção da Des. Cláudia Telles, 'a recuperação judicial do devedor não gera qualquer consequência na relação entre o fiador e o credor, que contra ele preserva seus direitos' (...)"* (ob. cit., p. 57/58).

Com efeito, a novação resultante da aprovação do plano beneficia apenas e tão-somente as recuperandas. Subsistem, assim, as garantias prestadas por terceiros, de modo que é nulo o item impugnado ao estender os efeitos da novação a terceiros, verificando-se, ainda, afronta à norma do artigo 59 *caput* da Lei nº 11.101/05 e à tese vinculante aprovada pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

> *"Para efeitos do art. 543-C do CPC: "A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005""* (REsp 1333349/SP, 2ª Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 26/11/2014).

A disposição impugnada está também em contrariedade à Súmula nº 61 desta Corte (*"Na recuperação judicial, a supressão da garantia ou sua substituição somente será admitida mediante aprovação expressa do titular"*) e à jurisprudência pacificada neste Tribunal (p. ex., Agravo de Instrumento nº 2087784-88.2017.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Carlos Dias Motta, j. 31/10/2017; Agravo de Instrumento nº 2127623-57.2016.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 16/12/2016).

Também não pode ser mantida a cláusula (8ª − fl. 76

do instrumento e 607 dos autos de origem) que autoriza a purgação da mora em caso de descumprimento das obrigações dispostas no plano, pois retira a possibilidade de convolação em falência, hipótese expressamente prevista no art. 61, § 1º, da Lei nº 11.101/2005. Neste mesmo sentido, a disposição que determina a realização de nova assembleia em caso de descumprimento do plano também não pode ser mantida, pois contraria o disposto no art. 73, da Lei nº 11.101/2005.

Por fim, cumpre dizer que o decreto de falência somente tem cabimento quando esgotados todos os meios de manutenção da atividade empresarial. Isso porque, como já mencionado, tem aplicação no Direito Brasileiro o *princípio da preservação da empresa*, que foi inequivocamente inserido no ordenamento jurídico do país pela Lei de Recuperações Judiciais e Falências, que dele cuida expressamente ao dispor no art. 47 sobre a recuperação judicial e suas precípuas finalidades: *"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"*.

Nesse sentido são as ponderações de Paulo Henrique Ribeiro Garcia, que consigna:

> *"Existem inúmeros interessados: os empregados, que dela retiram o sustento; os fornecedores, cujo vínculo negocial corrobora com o lucro recíproco; a comunidade em que atua, que tem seus interesses de consumo satisfeitos e o próprio Estado, na condição de arrecadador de tributos ... Nessa situação, importa, em um primeiro momento, buscar a preservação da empresa em atendimento ao princípio da função social que não ostenta apenas um caráter restritivo ou delimitador, mas compreende o reconhecimento dos diversos benefícios que a atividade empresarial desempenha para a coletividade"* (Cadernos Jurídico da Escola Paulista da Magistratura, ano 16, nº 39, pg. 111).

Importantes também as observações de Adriana

Valéria Pugliesi:

> *"No direito brasileiro, a Lei n. 11.101/05 modificou expressivamente o enfoque do tratamento do empresário em crise, dando destaque, efetivamente, ao tratamento da crise das empresas, levando em consideração o centro múltiplo de interesses que esta representa: 'do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região, do mercado em geral'. Essa percepção provocou inegável deslocamento da análise do Direito da crise das empresas, que passou de uma feição meramente privatística (relação credores e devedor) para um caráter publicístico, trazendo a empresa (centro de atividade produtiva) para o cerne de tutela do ordenamento jurídico, ao se buscar disciplina para a manutenção da atividade produtiva, dos postos de trabalho e da preservação da concorrência saudável ao mercado. Essa mudança de perspectiva resulta da constatação de que 'uma empresa que encerra suas atividades − devido a uma falência, por ex. − provoca uma queda na capacidade produtiva da economia. Se suas instalações e equipamentos são sucateados, haverá uma queda permanente no produto potencial da economia. A atual lei concursal brasileira finalmente atualizou-se ante esse novo panorama social. O abandono do velho instituto da concordata, instituindo-se a recuperação (judicial ou extrajudicial) é uma demonstração desse movimento"* (Direito Falimentar e Preservação da Empresa, Ed. Quartier Latin, 2013, pgs. 25/26).

De todo o exposto extrai-se que a falência é um fato antissocial e extremamente prejudicial, *"um fato patológico no desenvolvimento da economia creditícia"* (Marlon Tomazette, citando o italiano Alfredo Rocco, Curso de Direito Empresarial, Ed. Atlas, 2014, vol. 3, pg. 270), que rompe com o regular sistema econômico, pondo em risco postos de trabalho e a circulação de dinheiro, de bens e de serviços.

Ante o exposto, pelo meu voto o recurso era **PARCIALMENTE PROVIDO** para, mantida a decisão que homologou o plano, anular a cláusula 7.6, que tratou da novação, bem como as previsões de purgação da mora e realização de Assembleia em caso de descumprimento das obrigações do plano (cláusula 8ª).

ALEXANDRE MARCONDES
Relator Sorteado

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	14	Acórdãos Eletrônicos	PAULO ROBERTO GRAVA BRAZIL	94FE8EC
15	27	Declarações de Votos	ALEXANDRE AUGUSTO PINTO MOREIRA MARCONDES	43F566F

Para conferir o original acesse o site:
https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informando o processo 2221901-50.2016.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.