

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

GABRIEL LUCCA GARIBOTTI

***EQUITABLE MOOTNESS* E O POTENCIAL PARALELO NA TEORIA DO FATO
CONSUMADO APLICADA À RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

**PORTO ALEGRE
2019**

GABRIEL LUCCA GARIBOTTI

***EQUITABLE MOOTNESS* E O POTENCIAL PARALELO NA TEORIA DO FATO
CONSUMADO APLICADA À RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação do Professor Doutor Luis Felipe Spinelli, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Doutor Luis Felipe Spinelli

PORTO ALEGRE
2019

GABRIEL LUCCA GARIBOTTI

***EQUITABLE MOOTNESS* E O POTENCIAL PARALELO NA TEORIA DO FATO
CONSUMADO APLICADA À RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação do Professor Doutor Luis Felipe Spinelli, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em: ____ de julho de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Luis Felipe Spinelli
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor
Membro da Banca

Professor
Membro da Banca

Invenções há, que se transformam ou acabam;
as mesmas instituições morrem; o relógio é
definitivo e perpétuo.

Joaquim Maria Machado de Assis

RESUMO

A *equitable mootness* é um instituto presente nos processos de reestruturação do sistema falimentar estadunidense, regidos, dentre outras normas, pelas disposições do *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*. O instituto permite que cortes estadunidenses dispensem o julgamento de mérito de recursos interpostos contra a decisão que homologa o plano de reorganização a que está sujeito o devedor. No sistema brasileiro, embora a recuperação judicial, regida pela Lei 11.101/2005, conte com marcada influência do sistema norte-americano, as discussões sobre *equitable mootness* na prática brasileira ainda são incipientes. Não obstante, nota-se na jurisprudência pátria a existência de situações em que a teoria do fato consumado acaba resguardando valores comuns ao instituto norte-americano. O presente trabalho visa a apresentar tanto a *equitable mootness* como a teoria do fato consumado aplicada ao Direito Recuperacional, de modo a evidenciar pontos de convergência e divergência entre um e outro institutos. Nesse sentido, também destaca-se o papel que a doutrina brasileira reserva à importação da *equitable mootness* ao ordenamento nacional, traçando-se também observações quanto à possibilidade de a teoria do fato consumado vir a adotar os contornos desejados pelos doutrinadores brasileiros com a importação da *equitable mootness*.

Palavras-chave: *Equitable mootness*. *Bankruptcy*. Teoria do Fato Consumado. Recuperação Judicial.

ABSTRACT

The equitable mootness doctrine is present in the reorganization procedures of the American bankruptcy legal system, which are governed by, among other norms, the dispositions of Chapter 11 of the Bankruptcy Code. The doctrine allows for the American courts to dismiss appeals against the decision confirming the debtor's reorganization plan. In the Brazilian legal system, even though judicial reorganization, governed by Law 11.101/2005, is strongly influenced by the American system, the discussions concerning equitable mootness are still incipient. Nonetheless, Brazilian judgments have used the *fait accompli* doctrine protecting values which are common to the American doctrine. The present paper seeks to present both the equitable mootness doctrine and the *fait accompli* doctrine applied to Bankruptcy Law, in order to demonstrate convergence and divergence points with regards to both doctrines. This way, the paper also highlights the role designed by Brazilian scholarship with regards to the import of the American doctrine to the national legal system, also setting forth observations concerning the possibility of the *fait accompli* doctrine adopting the shapes that Brazilian scholarship seeks with the import of the equitable mootness doctrine.

Keywords: Equitable mootness. Bankruptcy. *Fait accompli*. Judicial Reorganization.

SIGLAS E ABREVIATURAS

CPC	Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015
Des.	Desembargador
LBO	<i>Leveraged buy-out</i>
LREF	Lei de Recuperação de Empresas e Falências, Lei 11.101/2005
Min.	Ministro
UPI	Unidade Produtiva Isolada.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 <i>EQUITABLE MOOTNESS</i> NO DIREITO RECUPERACIONAL NORTE-AMERICANO ...	11
2.1 O CHAPTER 11 DO U.S. BANKRUPTCY CODE	12
2.1.1 O papel do <i>Chapter 11</i>	12
2.1.2 A estrutura do Chapter 11	15
2.1.2.1 Do ajuizamento à homologação do Plano de Reestruturação.....	15
2.1.2.2 Recorrendo da homologação	18
2.2 <i>EQUITABLE MOOTNESS</i> DOCTRINE	20
2.2.1 Conceito e finalidade do instituto.....	21
2.2.2 Origem e conformação jurisprudencial.....	23
2.2.2.1 In re Robert Farms	24
2.2.2.2 In re Continental Airlines	26
2.2.2.3 In re One2One Communications	29
2.2.2.4 In re Tribune Media Co	33
2.2.3 Statutory Mootness x Constitutional Mootness x Equitable Mootness	37
2.2.4 Críticas ao instituto da <i>Equitable Mootness</i>	39
3 A TEORIA DO FATO CONSUMADO NO DIREITO RECUPERACIONAL BRASILEIRO	43
3.1 A LEI 11.101/2005 E A INTRODUÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	43
3.1.1 O paradigma da preservação da empresa.....	45
3.1.2 Panorama do processo de reestruturação	47
3.2 A TEORIA DO FATO CONSUMADO.....	51
3.3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE INSOLVÊNCIA	55
3.3.1 Caso Grão Dourado.....	56
3.3.2 Caso Stillu's.....	59
3.3.3 Caso Brandl.....	61
3.3.4 Caso Casa de Portugal	62
3.3.5 Caso <i>Ecovix</i>	64
3.3.6 Caso <i>IFC</i>.....	66

3.3.7 Caso OAS	68
3.4 TEORIA DO FATO CONSUMADO X <i>EQUITABLE MOOTNESS DOCTRINE</i>	70
3.5 O POTENCIAL ESPAÇO DE ACOLHIMENTO DO INSTITUTO NORTE-AMERICANO	74
3.5.1 Certeza e estabilidade nos processos de soerguimento	74
3.5.2 O financiamento DIP	78
4 CONCLUSÃO.....	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85
LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADAS	91

1 INTRODUÇÃO

A legislação recuperacional brasileira vem paulatinamente assumindo papel de destaque na prática jurídica nacional. As recuperações judiciais, até não muito tempo atrás conhecidas somente entre um nicho específico de juristas, aos poucos assume manchetes de destaque nos principais veículos de mídia do país, os quais ostentam notícias acerca de valores bilionários sujeitos a procedimentos concursais de reestruturação.

Esse papel do Direito de Insolvência somente foi possibilitado com a edição da Lei 11.101/2005, a qual inaugura um novo sistema por meio do qual as sociedades empresárias em crise econômico-financeira podem reorganizar sua operação e suas obrigações. A recuperação judicial não é um instrumento inventado em solo pátrio, mas, pelo contrário, um instituto que confessa suas raízes: a legislação recuperacional pátria conta com forte influência do *Bankruptcy Code* norte-americano.

No ordenamento estadunidense, a introdução de um novo paradigma em relação aos processos de insolvência foi operada por meio da promulgação do *Bankruptcy Code* de 1978, em que, dentre outras disposições, está insculpido o notório *Chapter 11*, responsável pelos processos de reestruturação. Não obstante as semelhanças que os ordenamentos brasileiro e estadunidense guardem em matéria de reestruturação, nota-se no Brasil a ausência de diversos dos institutos que permeiam o sistema recuperacional americano.

Um dos institutos ainda não plenamente importados do ordenamento norte-americano é a *equitable mootness doctrine*, teoria criada pela jurisprudência americana permitindo que os tribunais dispensem o julgamento de recursos de apelação interpostos contra a decisão que homologou o plano de reestruturação. O instituto leva em conta o fato de o plano de reestruturação já ter sido substancialmente consumado, tornando indesejável – e mesmo pouco viável – o retorno ao *status quo ante*. Em solo pátrio, a *equitable mootness* é debatida de modo ainda incipiente, podendo se destacar algumas obras doutrinárias nacionais discorrendo sobre o tema, defendendo seja o instituto importado, em razão dos valores que a teoria tutela.

Visando a contribuir ao debate, o presente trabalho conta com, ao longo de seu primeiro capítulo, exposição do instituto estadunidense. Perpassa-se inicialmente por questões atinentes ao próprio funcionamento do sistema recuperacional americano, para, em seguida, analisar-se a *equitable mootness*. O instituto é analisado à luz de seu conceito e finalidade, bem como a partir de algumas das principais decisões jurisprudenciais que abarcaram a teoria, contribuindo, assim, para seu modelamento.

O segundo capítulo deste trabalho volta seus olhos ao sistema recuperacional brasileiro. A prática jurídica tem demonstrado que, se, por um lado, não há notícias do emprego da *equitable mootness* por tribunais pátrios, há, por outro lado, o emprego de outro instituto, por vezes adotando contornos semelhantes ao estadunidense: a teoria do fato consumado.

Desse modo, a segunda etapa do presente ensaio inicia pela apresentação da Lei 11.101/2005, evidenciando suas principais características e a influência que sofreu por parte do ordenamento norte-americano. Em seguida, apresenta-se a teoria do fato consumado, há muito tempo presente na jurisprudência brasileira, ainda que em relação a temas que não toquem ao direito falimentar.

A teoria do fato consumado tutela situações consumadas em razão do transcurso do tempo, primando pela tutela de valores como a confiança e a segurança jurídica, em oposição à literalidade da lei. Aplicada em matéria de Direito Falimentar, a teoria parece, ainda, conformar-se a contornos próprios. A análise da teoria do fato consumado perpassa o estudo de julgados nacionais em que a teoria foi empregada.

Alcança-se, desse modo, a possibilidade de tecer uma comparação entre o instituto norte-americano e o brasileiro. Apresentam-se os pontos de convergência e de divergência de ambas as teorias. O derradeiro ponto deste estudo expõe como a doutrina brasileira enxerga a importação da *equitable mootness* ao ordenamento pátrio, bem como quais seriam os potenciais benefícios advindos desse movimento. Expõe-se um ponto de partida a respeito de como a teoria do fato consumado se relacionaria com essa importação, se caberia sua utilização como veículo para tanto, se o instituto empregado pelos tribunais brasileiros poderia tutelar valores comuns ao instituto americano.

O presente trabalho, assim, visa a contribuir à popularização do instituto da *equitable mootness*, apresentando as bases teóricas da teoria norte-americana, seu desenvolvimento e suas críticas. De igual sorte, demonstra-se que a prática nacional tem dado ensejo à aplicação de outro instituto, potencialmente semelhante ao americano: a teoria do fato consumado, igualmente pouco explorada. Espera-se poder contribuir, ainda que de modo incipiente, ao debate a respeito da importação do instituto da *equitable mootness* ao ordenamento jurídico brasileiro.

2 *EQUITABLE MOOTNESS* NO DIREITO RECUPERACIONAL NORTE-AMERICANO

A teoria da *equitable mootness* está ambientada em meio aos processos de reestruturação de devedores, isto é, processos de *reorganization bankruptcy*, previstos no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* estadunidense. Em que pese as semelhanças entre o processo de reestruturação estadunidense e a recuperação judicial, paralelo brasileiro regido pela Lei 11.101/2005 (“LREF”), a *equitable mootness* pode ser vista como um dos institutos americanos ainda pouco presentes na prática recuperacional pátria¹.

A *equitable mootness* é fruto de construção jurisprudencial norte-americana². O instituto garante às cortes a possibilidade de não enfrentarem o mérito de recursos interpostos contra o planos de reorganização já substancialmente consumados, garantindo, assim, a preservação da empresa e o respeito aos direitos de terceiros, dentre outros objetivos alinhados aos propósitos dos processos de reestruturação³.

De modo a poder entender o instituto, inicialmente faz-se uma análise do papel desempenhado pelo *Chapter 11*, bem como da maneira como se desenvolve o processo de reestruturação estadunidense. Em seguida, passa-se à análise da *equitable mootness* em si: conceituação do instituto, evolução jurisprudencial, diferenciação quanto a institutos semelhantes e críticas.

A análise do instituto da *equitable mootness* permitirá, posteriormente, seja este comparado com a teoria do fato consumado, instituto presente na prática jurídica brasileira. A teoria do fato consumado, há muito aplicada pelo Judiciário pátrio, tem sido, mais recentemente, estendida aos processos envolvendo direito recuperacional, matéria regida pela LREF, fortemente inspirada pela legislação americana⁴. Passa-se, assim, à análise dos potenciais

¹ “A doutrina da *equitable mootness* é assunto praticamente inexplorado na doutrina Brasileira.” DOS SANTOS, Pablo Francisco. *Equitable Mootness no Direito Recuperacional Brasileiro: considerações sob a ótica do Direito e Desenvolvimento*. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**, vol. 77, p. 143-162, jul./set. 2017.

² “This judicially crafted doctrine allows a court to avoid determining an appeal on its merits when doing so would inequitably burden the interests of third parties or interfere with the debtor’s chances of reorganization.” PECHOUS, Matthew D. *Walking the Tight Rope and Not the Plank: A Proposed Standard for Second-Level Appellate Review of Equitable Mootness Determinations*. **Emory Bankruptcy Developments Journal**, v. 28, p. 547-592, 2012.

³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Mootness doctrine e o Direito Brasileiro. Preservação dos Atos Validamente Implementados no Âmbito da Recuperação Judicial*. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil** – São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 116-117.

⁴ “Entretanto, no final do século passado, com a ampla reforma implementada pelos Estados Unidos da América, desenvolveu-se um novo modelo [...]. Esse modelo norte-americano irradiou sua influência para o Brasil que

paralelos estadunidense e brasileiro, iniciando-se pela exposição do instituto da *equitable mootness*.

2.1 O CHAPTER 11 DO U.S. BANKRUPTCY CODE

O *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* representa um novo paradigma: a primazia pela manutenção da atividade empresária, em oposição à sua liquidação⁵. É nesse contexto específico que surge, nas cortes judiciais norte-americanas, a teoria da *equitable mootness*, reforçando características do processo recuperacional estrangeiro.

Não se poderia cogitar, portanto, de um adequado entendimento de uma teoria criada pela jurisprudência norte-americana sem que estivessem presentes o significado do *Chapter 11* no âmbito do Direito de Insolvência estadunidense e um panorama de como se desenvolve o processo de reestruturação previsto no *Bankruptcy Code*.

2.1.1 O papel do *Chapter 11*

O *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* estadunidense (*Title 11* do *United States Code*) ocupa posto paradigmático no sistema falimentar estadunidense, inspirando diversos sistemas recuperacionais espalhados ao longo do globo. Tratam-se de previsões estatutárias que visam a permitir que uma sociedade em crise econômico-financeira possa reestruturar seus débitos por meio de um plano de reorganização, o qual vincula a sociedade em reestruturação e seus credores, dispondo acerca da forma como será realizado o pagamento dos débitos.

O atual molde do *Chapter 11* é fruto de longa evolução da legislação falimentar estadunidense^{6,7}, atribuindo-se ao país norte-americano a primeira instituição de um sistema

editou a Lei 11.101/05 fundado nessas mesmas premissas.” COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015, v. 1. p. 19.

⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello. O modelo falimentar norte-americano – particularidades. Relevo aos Capítulos 7, 11, 12, 13 e 15 do *Bankruptcy Code*. **Revista de Direito Empresarial**, vol. 7, p. 149-171, jan./fev. 2015.

⁶ A primeira lei federal sobre a temática do Direito Falimentar foi o *Bankruptcy Act* de 1800, revogada em 1803. Seguiram-se os *Acts* de 1841, revogado em 1843, e de 1867, revogado em 1878. O *Bankruptcy Act* de 1898, por sua vez, viveu durante 80 anos, período durante o qual passou por várias reformas, incluindo a mais drástica em 1938, pelo *Chandler Act*. O período atual da legislação falimentar estadunidense é marcado pelo *Bankruptcy Reform Act* de 1978. TABB, Charles Jordan. The history of the bankruptcy laws in the United States. **Am. Bankr. Inst. L. Rev.**, v. 3, p. 5-51, 1995.

⁷ O *Bankruptcy Code* de 1978 ainda foi emendado pelo *Bankruptcy Judges, United States Trustees, and Family Farmer Bankruptcy Act*, de 1986, pelo *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* (BAPCPA), de 2005 e *Bankruptcy Reform Act* de 1994. FRANCO, Vera Helena de Mello. O modelo falimentar norte-americano – particularidades. Relevo aos Capítulos 7, 11, 12, 13 e 15 do *Bankruptcy Code*. **Revista de Direito Empresarial**, vol. 7, p. 149-171, jan./fev. 2015.

para recuperação judicial de sociedades empresárias em crise⁸. A base legal do atual processo de reestruturação encontra-se no *Chandler Act* de 1938, o qual fora baseado, por sua vez, nas reestruturações de ferrovias do século XIX. O *Bankruptcy Code* de 1978 é o responsável pela introdução do *Chapter 11* em seu atual molde no sistema falimentar norte-americano, implementando o primeiro processo de reorganização do mundo a ser encarado como um êxito⁹.

O atual *Bankruptcy Code* representou significativa mudança no sistema recuperacional norte-americano, ao ponto de o ajuizamento de um processo concursal deixar de ser visto com o estigma de um último recurso de uma sociedade em crise, adquirindo um *status* de decisão técnica¹⁰. Quanto ao viés adotado pelo *Bankruptcy Code* de 1978, há registro na doutrina de que este favorece o polo do devedor¹¹; no entanto, a posição não é unânime, pois também defende-se que a legislação americana do século passado dá início a um procedimento em que ambos os polos (credor e devedor) dividem os ônus do processo concursal de modo que seja privilegiada a recuperação da sociedade em crise, à luz dos benefícios trazidos pela manutenção da atividade empresária¹².

A legislação falimentar tem de enfrentar uma série de problemas advindos da crise econômico-financeira do devedor, dentre eles o fato de que os credores, ao agirem individualmente em prol da satisfação de seu crédito, colocam os credores enquanto grupo em uma posição pior do que a que se encontrariam caso agissem coordenadamente. A atuação

⁸ CAVALCANTI, Arthur Miranda. Direito falimentar legislado no Brasil e no Direito Comparado: um estudo da superação da crise empresarial segundo normas legisladas. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, v. 11, jan./mar. 2019.

⁹ WARREN, Elizabeth et al. **The law of debtors and creditors: text, cases, and problems**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 360.

¹⁰ ZYWICKI, Todd J. The Past, Present, and Future of Bankruptcy Law in America. **SSRN**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=327223>. Acesso em: 05 mai. 2019.

¹¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. O modelo falimentar norte-americano – particularidades. Relevo aos Capítulos 7, 11, 12, 13 e 15 do *Bankruptcy Code*. **Revista de Direito Empresarial**, vol. 7, p. 149-171, jan./fev. 2015.

¹² “Entretanto, no final do século passado, com a ampla reforma implementada pelos Estados Unidos da América, desenvolveu-se um novo modelo, com inspiração diferente dos grandes modelos até então identificados, que não privilegiava a tutela do interesse dos credores e nem dos devedores, mas baseava-se na divisão de ônus entre credores e devedor como fator preponderante para que se pudesse atingir a recuperação da empresa em função dos benefícios sociais e econômicos relevantes que daí advêm, inclusive, com a possibilidade de benefícios para credores e devedor no médio ou longo prazo.” COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015, v. 1. p. 33-35.

individual leva à perda de valor em razão da extinção do *going concern* do devedor, o que ocorre em razão de o devedor ser desmantelado pouco a pouco por execuções individuais^{13, 14}.

À luz dessa problemática, o *Chapter 11* funciona como um fórum em que todos os credores são chamados a deliberar conjuntamente acerca do futuro do devedor, em um procedimento que visa a evitar a liquidação do devedor. Em linhas gerais, estabelece-se um plano para o pagamento de determinado percentual das dívidas ao longo do tempo, permitindo-se, assim, a continuidade da atividade empresarial (embora os meios de reestruturação sejam flexíveis e admitam espaço para criatividade)¹⁵, privilegiando seu impacto social positivo¹⁶.

Em que pese o Chapter 11 tenha sido replicado em diversas jurisdições ao longo do globo¹⁷, o regime recuperacional estadunidense não se vê incólume de críticas pela doutrina especializada. Em famigerado artigo, os professores Douglas G. Baird e Robert K. Rasmussen apontam que o Chapter 11 já não mais subsiste enquanto fórum de negociação coletiva dos credores¹⁸. Para os autores, dentre outros aspectos, a economia de hoje em dia, baseada em serviços e valorizando bens intangíveis, não se amolda ao paradigma das ferrovias (outrora presente), em que se notava uma drástica perda de valor quando os bens (ferrovias) não eram mantidos no patrimônio de uma mesma companhia; além disso, os investidores da atualidade contam com instrumentos negociais elaborados, em que as situações de dificuldade financeira já têm respostas contratuais, envolvendo a alteração do controle societário¹⁹. Como não poderia

¹³ JACKSON, Thomas H. **The logic and limits of bankruptcy law**. Washington D.C.: Beard Books, 2001. p. 14. Ainda, os autores Elizabeth Warren, Jay Westbrook, Katherine Porter e John Pottow referem-se ao problema com a metáfora de que caso um credor quebre um dos dedos de um devedor, provavelmente esse fato coagiria o devedor a esforçar-se no sentido de adimplir a dívida; no entanto, se dez credores assim o fizerem, o devedor possivelmente não teria mais como trabalhador durante determinado período. Desse modo, os credores estariam em posição pior à que estariam se nada tivessem feito.

¹⁴ WARREN, Elizabeth et al. **The law of debtors and creditors: text, cases, and problems**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 7.

¹⁵ WARREN, Elizabeth et al. **The law of debtors and creditors: text, cases, and problems**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 359.

¹⁶ A autora Elizabeth Warren destaca que companhias em operação garantem empregos a trabalhadores, arrecadação de impostos à autoridade tributária e contratação de crédito a financiadores, dentre outras repercussões. WARREN, Elizabeth. Bankruptcy policymaking in an imperfect world. **Michigan Law Review**, v. 92, n. 2, p. 336-387, 1993.

¹⁷ “It was the first successful reorganization procedure in the world and has been widely admired and copied around the globe.” WARREN, Elizabeth et al. **The law of debtors and creditors: text, cases, and problems**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 360.

¹⁸ BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. The end of bankruptcy. **Stanford Law Review**, v. 55, n. 3, p. 751-789, dez. 2002.

¹⁹ “The railroad paradigm makes even less sense today. In a service-based economy, intangible assets, such as a firm’s proprietary business methods, are the assets most likely to be dedicated to a particular firm. Such assets, however, are precisely those that are likely to have little value when a firm is in financial distress. [...] Investors in nineteenth-century railroads relied on primitive investment contracts that scarcely differed from real estate mortgages. Today’s investors allocate control rights among themselves through elaborate and sophisticated contracts that already anticipate financial distress.” BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. The end of bankruptcy. **Stanford Law Review**, v. 55, n. 3, p. 751-789, dez. 2002.

ser diferente, porém, o Chapter 11 também conta com ampla gama de defensores; exemplificativamente, os professores Elizabeth Warren e Jay Lawrence Westbrook conduziram estudo empírico demonstrando que há entre a doutrina norte-americana uma percepção errada acerca da ineficiência e da demora dos casos de reestruturação, isto é, uma análise empírica permite a conclusão de que o sistema recuperacional provê otimistas taxas de sucesso²⁰.

Conclui-se, assim, que o Chapter 11 é responsável pela introdução de um novo paradigma com respeito à superação da crise financeira, paradigma que estendeu sua influência para além da jurisdição norte-americana. A primazia pela manutenção da atividade empresária, em oposição à liquidação do devedor, tem se mostrado um caminho a ser replicado.

2.1.2 A estrutura do Chapter 11

Divide-se a apresentação do funcionamento do Chapter 11 em dois pontos: a um, demonstra-se um panorama do processo de soerguimento, com suas principais características; a dois, descreve-se o processo para recorrer de uma decisão homologatória, ponto crucial para o entendimento da *equitable mootness*.

2.1.2.1 Do ajuizamento à homologação do Plano de Reestruturação

O Chapter 11 é desenhado para companhias momentaneamente insolventes, mas economicamente viáveis, isto é, aptas a retornar a um estado de higidez financeira no médio e longo prazo²¹. O início do processo de reestruturação previsto no Chapter 11 do *Bankruptcy Code* pode ser voluntário (iniciativa do devedor) ou, embora menos comum, involuntário (iniciativa de credores)²².

Ao longo do processamento da reorganização, a administração do devedor permanece a cargo de gerir o dia a dia da companhia, salvo em hipóteses excepcionais, como fraude ou eventos semelhantes, em que um *trustee* pode ser designado para administrar o devedor²³. Essa

²⁰ “Almost half the unsuccessful cases were jettisoned within six months and almost eighty percent were gone within a year. The cases that survive the early screening result in confirmed plans of reorganization around seventy percent of the time.” WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay Lawrence. The success of Chapter 11: a challenge to the critics. *Mich. L. Rev.*, v. 107, p. 603-642, 2008.

²¹ HONG, Stephanie Sung A.; KRELING, Miguel Augustin. Particularidades em procedimentos de recuperação de empresa no Direito Comparado. *Revista de Direito Empresarial*, v. 16, p. 75-128, jul./ago. 2016.

²² FRANCO, Vera Helena de Mello. O modelo falimentar norte-americano – particularidades. Relevo aos Capítulos 7, 11, 12, 13 e 15 do *Bankruptcy Code*. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 7, p. 149-171, jan./fev. 2015.

²³ EPSTEIN, David G. *Bankruptcy and other debtor-creditor laws in a nutshell*. 5th ed. St. Paul: West Publishing, 1995. p. 336.

característica de manter a administração da sociedade no controle do devedor, referida como *debtor-in-possession*, é um traço distintivo e central do processo recuperacional estadunidense²⁴. Fornecedores e prestadores de serviços podem seguir transacionando ordinariamente com o devedor²⁵, embora a existência de débitos passados em aberto possa levar a alguma resistência por parte dos credores²⁶.

A partir do momento do ajuizamento do processo recuperacional, entra em efeito o *automatic stay period*. O *stay period* visa a proteger o patrimônio do devedor, para que este possa preparar seu plano de reestruturação, bem como para garantir que os pagamentos aos credores se darão por meio do plano de reestruturação, não por cobranças individuais de credores; assim, ficam os credores impedidos de atacar o patrimônio do devedor²⁷. Conforme se desenvolve o processo concursal, o devedor tem de lidar com outras questões pertinentes à sua sobrevivência: a busca por novo financiamento²⁸, a análise acerca da eventual necessidade de extinguir contratos²⁹, dentre outros pontos cruciais³⁰.

O desenvolvimento do processo converge ao ponto de apresentação de um plano de reestruturação. O *Bankruptcy Code* garante ao devedor exclusividade na apresentação do plano pelos primeiros 120 (cento e vinte) dias; se apresentado o plano neste período, então os credores não poderão apresentar plano alternativo dentro dos primeiros 180 (cento e oitenta) dias do caso³¹. É possível que o prazo de exclusividade seja ampliado, embora haja um teto no prazo

²⁴ “Chapter 11’s unique defining characteristic is leaving the existing management in control of the debtor company, a debtor in possession (or ‘DIP,’ in the trade).” WARREN, Elizabeth et al. **The law of debtors and creditors**: text, cases, and problems. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. Página 359.

²⁵ HONG, Stephanie Sung A.; KRELING, Miguel Augustin. Particularidades em procedimentos de recuperação de empresa no Direito Comparado. **Revista de Direito Empresarial**, v. 16, p. 75-128, jul./ago. 2016.

²⁶ Tem-se uma espécie de zona cinzenta nessa hipótese. O credor não pode efetivamente condicionar a continuidade dos negócios com o devedor ao adimplemento de seu débito passado (isso representaria uma violação ao *stay period*). No entanto, o credor pode se esquivar de prestar novamente um serviço ou fornecedor determinada mercadoria ao alegar supostas, por exemplo, “razões comerciais” para tanto. WARREN, Elizabeth et al. **The law of debtors and creditors**: text, cases, and problems. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 428.

²⁷ EPSTEIN, David G. **Bankruptcy and other debtor-creditor laws in a nutshell**. 5th ed. St. Paul: West Publishing, 1995. p. 155.

²⁸ “Os EUA, sem dúvida, têm a jurisdição com o mercado mais maduro e eficiente no investimento em empresas endividadas no mundo. Desde que o capítulo 11 (“Chapter 11”) do código de falência dos Estados Unidos, 11 U.S.C. §§ 101-1532 (o “Código de Falência”) foi promulgado em 1978, uma quantidade substancial de precedentes valiosos têm sido desenvolvida até o ponto em que o financiamento ao longo do processo de recuperação (“debtor-in-possession” ou “DIP”) se tornou não apenas comum, mas quase uma questão de rotina para todos os grandes casos de reestruturação dos EUA.” KEBRDLE, Richard S.; RICARDO, M. Pasianotto. Os desafios do “Financiamento DIP” em casos de reestruturação brasileiros. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, vol. 1, jul./set. 2016.

²⁹ A seção 365(d)(2) do *Bankruptcy Code* prevê essa possibilidade.

³⁰ WARREN, Elizabeth et al. **The law of debtors and creditors**: text, cases, and problems. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 365.

³¹ EPSTEIN, David G. **Bankruptcy and other debtor-creditor laws in a nutshell**. 5th ed. St. Paul: West Publishing, 1995. p. 344.

de 18 (dezoito) meses. Findo o período de exclusividade, os credores também poderão apresentar seu plano de reestruturação³².

O plano submetido ao juízo conta com um *disclosure statement*, apresentando explicações sobre suas disposições. Aceito o *statement* pelo juízo concursal, o devedor pode iniciar a busca por sua aprovação³³.

Para que o plano seja aprovado, este tem de contar com a aprovação de todas as classes de credores, conforme seção §1129(a)(8)(A) do *Bankruptcy Code*. A legislação estadunidense não discrimina quais são as classes de credores, cabendo essa distinção ao próprio plano de reestruturação, o que, no entanto, não pode ensejar abusos³⁴. A aprovação em determinada classe opera-se em razão de duas maiorias: uma maioria de 2/3 (dois terços) em relação ao valor do crédito e uma maioria “por cabeça” em relação ao número de credores³⁵. Alternativamente, caso o devedor não tenha obtido a aprovação de todas as classes de credores, este pode buscar a aprovação do plano por meio do *cram down*, figura que, no entanto, conta com requisitos adicionais em relação às disposições do plano de reorganização³⁶.

A aprovação do plano leva à designação de uma audiência para determinar sua homologação. O juízo concursal conta com certo controle sobre os termos do plano³⁷: o juiz irá verificar, dentre outros aspectos, se o plano é *feasible*, isto é, se o seu cumprimento é, de fato,

³² HONG, Stephanie Sung A.; KRELING, Miguel Augustin. Particularidades em procedimentos de recuperação de empresa no Direito Comparado. **Revista de Direito Empresarial**, v. 16, p. 75-128, jul./ago. 2016.

³³ HONG, Stephanie Sung A.; KRELING, Miguel Augustin. Particularidades em procedimentos de recuperação de empresa no Direito Comparado. **Revista de Direito Empresarial**, v. 16, p. 75-128, jul./ago. 2016.

³⁴ O *Bankruptcy Code* não oferece linhas precisas quanto a como desenhar as diferentes classes de credores. Há, no entanto, a proibição de que créditos dessemelhantes sejam agrupados em uma mesma classe. WARREN, Elizabeth et al. **The law of debtors and creditors: text, cases, and problems**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 613-614. A classificação de créditos dessemelhantes na mesma classe de credores, visando a obter um voto favorável quanto ao plano de reorganização, é conhecida como “*gerrymandering*”. SHOKROLLAHZADEH, Chad. Equitable Mootness and Its Discontents: The Life of the Equitable Mootness Doctrine in the Third Circuit after in Re One2One Communications LLC and in Re Tribune Media Co. **Duq. Bus. LJ**, v. 18, p. 129-160, 2016.

³⁵ Bankruptcy Code. §1126(c). A class of claims has accepted a plan if such plan has been accepted by creditors, other than any entity designated under subsection (e) of this section, that hold at least two-thirds in amount and more than one-half in number of the allowed claims of such class held by creditors, other than any entity designated under subsection (e) of this section, that have accepted or rejected such plan.

³⁶ Os requisitos adicionais previstos para a homologação de um plano por meio do *cram down* estão dispostas na seção §1129(b) do *Bankruptcy Code*. Um dos requisitos mais marcantes diz respeito ao pressuposto de que o plano seja “*fair and equitable*”, o que implica que credores de uma determinada hierarquia não podem receber menos do que os credores com uma prioridade inferior à sua. Nesse sentido, destaca-se que os acionistas não podem manter sua participação societária a menos que aportem novos valores, pois, do contrário, estariam recebendo mais do que os credores quirografários, de hierarquia superior. EPSTEIN, David G. **Bankruptcy and other debtor-creditor laws in a nutshell**. 5th ed. St. Paul: West Publishing, 1995. p. 357-358.

³⁷ “No sistema norte-americano de recuperação judicial de empresas (*Bankruptcy Code – 11 USC, Chapter 11*), cuja filosofia confessadamente influenciou a formação do modelo brasileiro, a confirmação ou homologação do plano de recuperação judicial depende da verificação judicial da existência de alguns requisitos ou *standards* que garantem que os ônus da recuperação empresarial estejam divididos de maneira equilibrada entre credores e devedora.” COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015, v. 1. p. 26.

viável, além de verificar se foi proposto em boa-fé e se não implica que os credores receberão, por meio da reestruturação, menos do que receberiam no caso de liquidação do devedor^{38, 39}.

Com a homologação do plano, tem-se a figura do *discharge*, liberando o devedor dos débitos anteriores ao processo, exceto conforme as previsões do plano. É por meio desse *discharge* que se garante à companhia reestruturada um novo começo, um *fresh start*⁴⁰. A não homologação do plano, por outro lado, leva à conversão do procedimento em liquidação, nos termos do *Chapter 7* do *Bankruptcy Code*⁴¹.

2.1.2.2 Recorrendo da homologação

O instituto da *equitable mootness* aplica-se precisamente aos recursos interpostos em face de decisões que homologam planos de reorganização. O entendimento do instituto, portanto, passa pelo entendimento do *iter* processual a ser adotado por um credor irresignado com a decisão.

Como visto, a aprovação de um plano de reorganização, nos termos do *Chapter 11*, não depende de aprovação unânime dos credores. Cabe aos credores vencidos em suas classes, se julgarem pertinente, apelarem da referida decisão, pois a decisão que homologa o plano preenche o requisito de ser uma *final order*, permitindo a interposição de apelação⁴².

³⁸ FRANCO, Vera Helena de Mello. O modelo falimentar norte-americano – particularidades. Relevo aos Capítulos 7, 11, 12, 13 e 15 do *Bankruptcy Code*. **Revista de Direito Empresarial**, vol. 7, p. 149-171, jan./fev. 2015. “Mesmo que se trate de plano de recuperação judicial aprovado por todas as classes de credores (*plans accepted by every class*), a *Section 1129(a)* do *Bankruptcy Code* estabelece 16 requisitos que devem ser preenchidos como condição para a homologação do plano apresentado pela devedora (ou pelos próprios credores, já que isso também é possível no sistema norte-americano). Assegura-se que o plano de recuperação seja justo e tenha sentido econômico, garantindo que os credores que foram contrários à sua aprovação (mesmo nas classes que aprovaram o plano) recebam ao menos o mesmo montante que receberiam em caso de decretação de falência (*Section 1129(a)(7)*); algumas categorias de créditos, como os trabalhistas, devem ser pagas em dinheiro na data de efetivação do plano, salvo concordância da classe em recebimento diferido, mas no valor integral do débito (*Section 1129(a)(9)(A)*); o plano deve ser factível (*feasibility requirement*), o que significa que deve haver demonstração de que o devedor tem condições de cumprir as metas nele estabelecidas, sem a necessidade de futuras renegociações e sem a chance evidente de conversão em falência.”

³⁹ COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015, v. 1. p. 26.

⁴⁰ WARREN, Elizabeth et al. **The law of debtors and creditors: text, cases, and problems**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 366.

⁴¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. O modelo falimentar norte-americano – particularidades. Relevo aos Capítulos 7, 11, 12, 13 e 15 do *Bankruptcy Code*. **Revista de Direito Empresarial**, vol. 7, p. 149-171, jan./fev. 2015.

⁴² JUMBECK, R. Jake. Complexity as the Gatekeeper to Equitable Mootness. **Emory Bankr. Dev. J.**, v. 33, p. 171-217, 2016.

O recurso de apelação é dirigido à *District Court* (juízo federal que exerce o papel da 1ª instância em casos não relacionados com Direito Falimentar⁴³) ou a um *Bankruptcy Appellate Panel* (BAP). Os BAPs, quando implementados no *judicial district*, são compostos por painéis de três juízes; o corpo colegiado fica, então, responsável por julgar o recurso de apelação⁴⁴. Do julgamento da *District Court* ou do BAP cabe recurso à *United States Court of Appeals*; por fim, um terceiro grau recursal seria composto pela *Supreme Court of the United States*⁴⁵, a qual, no entanto, conta com discricionariedade quanto aos casos que enfrenta⁴⁶.

No entanto, nota-se um descompasso entre o tempo do Judiciário e o tempo ideal para resolução de conflitos relacionados a um processo de reestruturação. Exemplificativamente, de 2015 a 2016, a *Court of Appeals for the Fourth Circuit* tinha a média mais rápida, dentre as *Courts of Appeals*, entre a interposição e a decisão do recurso de apelação, e, ainda assim, a média alcançava 4,4 meses⁴⁷. Não por outra razão, é de suma importância que o credor irresignado busque a concessão do efeito suspensivo ao seu recurso, o que é feito nos termos da *Rule 8005*⁴⁸, prevista no corpo legislativo *Federal Rules of Bankruptcy Procedure*.

O pedido de efeito suspensivo é inicialmente endereçado à *Bankruptcy Court*, isto é, ao juízo concursal⁴⁹. Negado na primeira instância, o efeito suspensivo pode ser requerido à instância recursal seguinte⁵⁰. Como fatores sopesados quanto à concessão do efeito suspensivo, a doutrina elenca a probabilidade de êxito do recurso, a existência de dano irreperável ao

⁴³ “The federal district courts exercise general trial competence (referred to as original jurisdiction). Thus, they act as the initial tribunal for almost all cases, civil and criminal, in the federal-court system.” FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE K. Mary; MILLER, Arthur R. **Civil procedure**. 4th ed. St. Paul, MN: Thomson, 2005. p. 5.

⁴⁴ PECHOUS, Matthew D. Walking the Tight Rope and Not the Plank: A Proposed Standard for Second-Level Appellate Review of Equitable Mootness Determinations. **Emory Bankruptcy Developments Journal**, v. 28, p. 547-592, 2012.

⁴⁵ PECHOUS, Matthew D. Walking the Tight Rope and Not the Plank: A Proposed Standard for Second-Level Appellate Review of Equitable Mootness Determinations. **Emory Bankruptcy Developments Journal**, v. 28, p. 547-592, 2012.

⁴⁶ Se comparados o sistema recursal federal e o sistema recursal específico dos casos envolvendo direito falimentar, nota-se que estes contam com um grau recursal adicional, composto pelas *District Courts*. Nos demais casos do sistema federal, os graus recursais são compostos tão somente pela *Court of Appeals* e pela *Supreme Court*. Quanto à estrutura do Judiciário federal, destaca-se que cada Estado norte-americano conta com pelo menos um *judicial district*, sendo que Estados maiores apresentam mais de um. Já a *Court of Appeals* é subdividida em 11 (onze) circuitos, abrangendo todo o território estadunidense. FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE K. Mary; MILLER, Arthur R. **Civil procedure**. 4th ed. St. Paul, MN: Thomson, 2005. p. 5-7.

⁴⁷ JUMBECK, R. Jake. Complexity as the Gatekeeper to Equitable Mootness. **Emory Bankr. Dev. J.**, v. 33, p. 171-217, 2016.

⁴⁸ MARTORELL, Maria Virginia. Economic Analysis of Equitable Mootness in Bankruptcy Cases and Effect of Current Shift Toward More Appellate Review of Plan Confirmation Orders. **SSRN**, mai. 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1832027>. Acesso em: 09 abr. 2019.

⁴⁹ KNIGHT, Katelyn. Equitable Mootness in Bankruptcy Appeals. **Santa Clara Law Review**, v. 49, p. 253-284, 2009.

⁵⁰ JUMBECK, R. Jake. Complexity as the Gatekeeper to Equitable Mootness. **Emory Bankr. Dev. J.**, v. 33, p. 171-217, 2016.

apelante, a inexistência de dano substancial ao apelado e ausência de dano ao interesse público⁵¹.

Fator marcante quanto ao instituto diz respeito ao fato de o efeito suspensivo poder ser condicionado à prestação de caução pelo credor⁵². A caução pode atingir valores expressivos, como no caso *In re Tribune Media Co.*⁵³, em que o juízo impôs caução no valor de USD 1.500.000.000,00 (um bilhão e quinhentos milhões de dólares estadunidenses) como condição à concessão do efeito suspensivo.

Concedido o efeito suspensivo, a implementação de atos de acordo com o plano de reorganização terá de aguardar a resolução do recurso interposto⁵⁴. Se a parte apelante conseguiu obter ou ao menos diligenciou no sentido de obter o efeito suspensivo ao seu recurso é um fator que costuma assumir relevância quando da decisão acerca da aplicação ou não do instituto da *equitable mootness*⁵⁵.

2.2 *EQUITABLE MOOTNESS DOCTRINE*

Uma vez abordada a estrutura geral do processo de reestruturação insculpido no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*, passa-se a um dos tópicos nevrálgicos do presente estudo: a teoria da *equitable mootness*. O instituto, primando pela irrecorribilidade da decisão que homologa o plano de reorganização quando esta não recebe efeito suspensivo, parece bem amoldar-se às características do processo de reestruturação norte-americano, não obstante também receba sua justa parcela de críticas.

A análise do instituto perpassa, inicialmente, sua conceituação e finalidade. Em seguida, analisa-se os contornos que lhe foram dados por obra das cortes norte-americanas, as quais são responsáveis por sua criação. Ainda, a *equitable mootness* acaba trazendo à tona, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, outras figuras que lhes são próximas, como a *constitutional mootness* e a *statutory mootness* – cumpre seja apresentada uma diferenciação dos institutos. Encerra-se a análise da *equitable mootness* quanto às críticas que esta recebe,

⁵¹ CHMIELARSKI, Mark Joseph John. The Mootness Doctrine in Bankruptcy. **Bankr. Dev. J.**, v. 7, p. 313-327, 1990.

⁵² Federal Rules of Bankruptcy Procedure. Rule 8007(c). Filing a Bond or Other Security. The district court, BAP, or court of appeals may condition relief on filing a bond or other security with the bankruptcy court.

⁵³ Ponto 2.2.2.4., abaixo.

⁵⁴ KNIGHT, Katelyn. Equitable Mootness in Bankruptcy Appeals. **Santa Clara Law Review**, v. 49, p. 253-284, 2009.

⁵⁵ ROSIEK, Caroline L. Making Equitable Mootness Equal: The Need for a Uniform Approach to Appeals in the Context of Bankruptcy Reorganization Plans. **Syracuse Law Review**, v. 57, p. 685-707, 2006.

tanto por parte de seus aspectos negativos, quanto em relação aos benefícios que o instituto agrega ao sistema recuperacional norte-americano.

2.2.1 Conceito e finalidade do instituto

O instituto da *equitable mootness* faz parte da realidade dos agentes envolvidos com processos recuperacionais nos Estados Unidos da América. Em linhas gerais, o instituto garante que uma corte à qual um recurso de apelação foi endereçado, recurso que tem por base a decisão do juiz da *Bankruptcy Court* homologando o plano de reorganização, possa dispensar o julgamento do referido recurso, não adentrando seu mérito, em razão de questões de equidade e prudência.

A teoria tem origem na jurisprudência norte-americana, isto é, o *Title 11* do *U.S. Code* não conta com previsão específica acerca da irreversibilidade da decisão que homologa o plano de reorganização⁵⁶. Por meio da aplicação dessa teoria, as cortes judiciais norte-americanas têm se absterido de decidir acerca do mérito de recursos interpostos contra a decisão homologatória. O professor Eduardo Secchi Munhoz apresenta um conceito sobre o tema:

Em uma boa demonstração do conhecido pragmatismo norte-americano, doutrina do *equitable mootness* corresponde a uma construção jurisprudencial, pela qual se reconhece que determinados recursos interpostos no âmbito de processos falimentares (v.g., *Chapter 11*) tornam-se obsoletos (*moot*), já não podendo levar à anulação de determinados atos, ou à retroação ao *status quo ante*, após sejam estes implementados substancialmente, com fundamento em decisão judicial anterior⁵⁷.

Ao longo do tramite de um recurso de apelação, é possível que eventos sobrevenham de modo a obstar que a corte responsável por julgar uma apelação possa garantir uma tutela jurisdicional efetiva⁵⁸. Uma situação comumente verificada, por exemplo, é o caso de um recurso de apelação que não recebe efeito suspensivo, de modo que ao longo de seu trâmite ocorre a consumação substancial do plano de reorganização⁵⁹. Como o plano está consumado,

⁵⁶ CHMIELARSKI, Mark Joseph John. The Mootness Doctrine in Bankruptcy. **Bankr. Dev. J.**, v. 7, p. 313-327, 1990.

⁵⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Mootness doctrine e o Direito Brasileiro. Preservação dos Atos Validamente Implementados no Âmbito da Recuperação Judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil** – São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 116.

⁵⁸ CHMIELARSKI, Mark Joseph John. The Mootness Doctrine in Bankruptcy. **Bankr. Dev. J.**, v. 7, p. 313-327, 1990.

⁵⁹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Mootness doctrine e o Direito Brasileiro. Preservação dos Atos Validamente Implementados no Âmbito da Recuperação Judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil** – São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 117.

conferir a tutela jurisdicional pleiteada pelo apelante torna-se uma medida que não representaria senão um desperdício de recursos judiciais, dada sua inviabilidade prática⁶⁰.

Curiosamente, uma alegoria culinária tem sido empregada pela doutrina e jurisprudência para ilustrar as particularidades da *equitable mootness*. A posição da Corte diante de uma apelação já obsoleta (*moot*) seria como a de quem tem de ordenar que “ovos mexidos sejam desmexidos”⁶¹. Isto é, uma vez que os ovos estão completamente mexidos (o plano de reorganização está consumado), já não é cabível reverter a situação⁶².

Os fatores considerados pelas diferentes Cortes estadunidenses para aplicação da doutrina da *equitable mootness* são diversos, mas, em geral, podem ser agrupados nos seguintes itens:

- (i) se foi, ou não, concedido efeito suspensivo; (ii) se o plano foi, ou não, substancialmente consumado, de boa-fé e com base em decisão judicial; (iii) se a tutela recursão requerida afetaria direitos de terceiros não envolvidos no plano; (iv) se a tutela recursão afetaria o plano de recuperação⁶³.

Cumprido referir, à luz dos fatores elencados, que o segundo fator, consumação substancial do plano de reorganização pode ser aferido de acordo com provisões estatutárias do *Bankruptcy Code*. O item 2 da seção §1101 do *Bankruptcy Code* define o termo⁶⁴.

Nota-se, assim, a utilidade do instituto da *equitable mootness* como meio empregado pelo Judiciário para preservar a empresa⁶⁵. O emprego do instituto, destaca a doutrina, também previne que o Judiciário se imiscua nos termos do plano de reorganização, tentando atender aos pleitos dos credores aplicando alterações pontuais ao plano de reorganização⁶⁶.

⁶⁰ JUMBECK, R. Jake. Complexity as the Gatekeeper to Equitable Mootness. **Emory Bankr. Dev. J.**, v. 33, p. 171-217, 2016.

⁶¹ A expressão “unscramble the eggs” está presente, por exemplo, no fatídico caso *In re Continental Airlines*, 91 F.3d 553 (3d Cir. 1996).

⁶² JUMBECK, R. Jake. Complexity as the Gatekeeper to Equitable Mootness. **Emory Bankr. Dev. J.**, v. 33, p. 171-217, 2016.

⁶³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Mootness doctrine e o Direito Brasileiro. Preservação dos Atos Validamente Implementados no Âmbito da Recuperação Judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil** – São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 117.

⁶⁴ A consumação substancial, nesse sentido, envolve, em linhas gerais, três situações: transferência de toda ou substancialmente toda a propriedade cuja transferência está prevista no plano, assunção de toda ou substancialmente toda a propriedade negociada no plano ou o mero início da distribuição de acordo com o plano.

⁶⁵ “A doutrina mostra-se perfeitamente alinhada ao princípio da preservação da empresa. De fato, o risco de alteração substancial do plano que se já se encontra substancialmente implantado revela-se demasiadamente inconveniente, posto que põe em risco a própria sobrevivência da empresa.” DOS SANTOS, Pablo Francisco. *Equitable Mootness no Direito Recuperacional Brasileiro: considerações sob a ótica do Direito e Desenvolvimento*. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**, vol. 77, p. 143-162, jul./set. 2017.

⁶⁶ “Equitable mootness plays a crucial role in this process, by allowing a court to dismiss an appeal and protect a substantially consummated confirmed plan from piecemeal relief and day surgery.” KOBZEFF, Lukian J.

Embora o instituto da *equitable mootness* tenha sido aplicado por essencialmente todos os Circuitos da *Court of Appeals*⁶⁷, nota-se uma tendência jurisprudencial no sentido de estreitar o escopo de aplicação do instituto⁶⁸. Esse estreitamento encontra respaldo doutrinário: para R. Jake Jumbleck, a aplicação da doutrina da *equitable mootness* deveria se restringir a casos complexos, de modo que a *complexidade* da reestruturação em questão seja o critério que permita ao Judiciário fazer uso do instituto, evitando-se que situações simples, reversíveis, sejam barradas pela *equitable mootness*⁶⁹.

Em razão do exposto, tem-se que a *equitable mootness* ocupa um importante papel na prática do Direito de Insolvência norte-americano. O instituto, não obstante sua aplicação não seja infensa a críticas, contribui para a preservação da empresa, evitando que o Judiciário se submeta a garantir uma tutela jurisdicional que, em verdade, é inviável em termos práticos.

2.2.2 Origem e conformação jurisprudencial

A *equitable mootness*, como amplamente referido na doutrina sobre o tema, é uma construção jurisprudencial⁷⁰. À luz dessa constatação, cumpre apresentar alguns dos julgados que recebem destaque na doutrina e jurisprudência norte-americanas, seja pelo fato de darem início ao uso do instituto (*In re Robert Farms*), seja por sua contribuição significativa na modelação do instituto, em razão de sua repercussão.

Nesse sentido, inicia-se a presente análise pelo julgado que a doutrina sói como apontar como ponto de partida da aplicação da *equitable mootness*⁷¹. Em seguida, analisa-se o caso de

Recession Economics: Injecting Equitable Mootness into the Calculus. **Holy Cross Journal of Law and Public Policy**, v. 17, p. 218-267, 2013.

⁶⁷ “While the courts in every circuit agree that the equitable mootness doctrine exists, different standards are applied when determining whether an appeal of the order confirming the Chapter 11 reorganization plan of a debtor company should be dismissed as equitably moot.” ROSIEK, Caroline L. Making Equitable Mootness Equal: The Need for a Uniform Approach to Appeals in the Context of Bankruptcy Reorganization Plans. **Syracuse Law Review**, v. 57, p. 685-707, 2006.

⁶⁸ KOBZEFF, Lukian J. Recession Economics: Injecting Equitable Mootness into the Calculus. **Holy Cross Journal of Law and Public Policy**, v. 17, p. 218-267, 2013.

⁶⁹ “Although appellate courts intended to apply the doctrine only to complex reorganizations involving intricate transactions, “with a scalpel rather than an axe,” they have not done so. This misapplication resulted in preventable appellate litigation involving relatively simple bankruptcies.” JUMBECK, R. Jake. Complexity as the Gatekeeper to Equitable Mootness. **Emory Bankr. Dev. J.**, v. 33, p. 171-217, 2016.

⁷⁰ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Mootness doctrine e o Direito Brasileiro. Preservação dos Atos Validamente Implementados no Âmbito da Recuperação Judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil – São Paulo: Quartier Latin**, 2015. p. 126.

⁷¹ Embora predomine esse entendimento, a posição não é unânime; o autor Robert Miller, por exemplo, elenca a origem do instituto da *equitable mootness* não só no caso *In re Robert Farms*, mas também em um julgado ainda anterior, de 1979, “Valley National Bank of Arizona v. Trustee of Westgate-California Corp 609 F.2d 1274, 1283 (9th Cir. 1979)”. MILLER, Robert. Equitable mootness: ignorance is bliss and unconstitutional. **SSRN**, set. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3036219>. Acesso em: 04 mai. 2019.

reestruturação da *Continental Airlines*, marcante em razão de seus números e interesse social envolvido. O par *One2One Communications* e *Tribune Media Co.*, por sua vez, é um bom indicativo da controvérsia que permeia a aplicação do instituto da *equitable mootness*. Nos respectivos casos, a *Court of Appeals for the Third Circuit* (responsável pelas apelações advindas, dentre outros, do *District of Delaware*^{72,73}) inicialmente teceu duras críticas acerca do escopo que a *equitable mootness* vinha assumindo (*In re One2One Communications*) e, posteriormente, apresentou sua defesa ao instituto, quando corretamente aplicado (*In re Tribune Media*).

2.2.2.1 In re Robert Farms

O julgado referido como *In re Robert Farms*⁷⁴ costuma ser apontado como o caso a partir do qual se desenvolveu a aplicação da teoria da *equitable mootness*, não obstante a decisão possa ser referida pela doutrina como um tanto opaca⁷⁵.

A apelação à *Court of Appeals for the Ninth Circuit*⁷⁶ tem origem em decisão de juiz da *District Court* que não conheceu de apelação em razão de sua incapacidade de produzir resultados práticos úteis (*mootness*). A apelação fora interposta pelo *trustee* e pelo *additional trustee* responsáveis por representar três companhias: Westgate-California Corporation, Westgate-California Realty Co. e Tri-County Ranches, Inc.

A apelação fora interposta em razão de decisão que (i) rejeitava habilitações de crédito; (ii) homologava o plano de reorganização e (iii) homologava acordo com o credor *Federal Deposit Insurance Corporation* (“FDIC”). As habilitações de crédito, em valor acima de US\$ 1.500.000.000,00 (um bilhão e quinhentos milhões de dólares estadunidenses), foram rejeitadas por não serem capazes de liquidação ou estimativa razoável sem indevido atraso do caso de

⁷² O estudo “Bankruptcy Survival” do professor Lynn M. LoPucki demonstra existir uma concentração de juízes com maior experiência em liderar casos de reestruturação nos distritos de Delaware e de Nova York. LOPUCKI, Lynn M; DOHERTY, Joseph W. Bankruptcy Survival. *UCLA Law Review*, v. 62, p. 970-1015, 2015.

⁷³ A sociedade empresária em busca de seu soerguimento por meio do *Chapter 11* pode escolher entre ajuizar o pedido em sua residência, domicílio ou principal local de negócios. WARREN, Elizabeth et al. **The law of debtors and creditors: text, cases, and problems**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 875-876.

⁷⁴ *In re Roberts Farms, Inc.* 652 F.2d 793 (9th Cir. 1981).

⁷⁵ KNIGHT, Katelyn. Equitable Mootness in Bankruptcy Appeals. *Santa Clara Law Review*, v. 49, p. 253-284, 2009.

⁷⁶ A Corte de Apelações do Nono Circuito tem jurisdição sobre a região oeste dos Estados Unidos da América, compreendendo os distritos judiciais do Alaska, Arizona, Califórnia, Hawaii, Idaho, Montana, Nevada, Oregon e Washington, além dos distritos judiciais dos territórios de Guam e Ilhas Marianas.

reestruturação; a decisão homologatória confirmou a 5ª versão do plano de reorganização, além de homologar acordo com o FDIC conferindo deságio ao crédito habilitado.

Visando a reverter a decisão do juízo concursal, os apelantes buscaram uma *writ of mandamus* junto ao juízo da *District Court*. Falhando seu pedido, requereram efeito suspensivo. Ambos os pedidos restaram sem êxito. Seguiu-se uma apelação dirigida ao *District Court*, em relação à qual o devedor e o FDIC apresentaram alegações no sentido de que a apelação não deveria ser conhecida em razão de ser obsoleta (*moot*), dado que o Plano já havia sido substancialmente desenvolvido. O juízo da *District Court* não conheceu da apelação, não adentrando em juízo de mérito. Seguiu-se uma petição de *writ of mandamus* dirigida à *Court of Appeals*, e, em seguida, uma apelação. Os apelados novamente requereram o não conhecimento da apelação em razão de esta ser obsleta (*moot*).

A *Court of Appeals* ressaltou que o caminho processual seguido pelos Apelantes foi uma aula de inaptidão; a apresentação de um *writ of mandamus* no lugar de um pedido de efeito suspensivo fora uma “monstruosidade processual”.

Seguida de uma análise das políticas públicas da legislação falimentar vigente, a qual previa a *mootness* de apelações contra alienações de ativos autorizadas pelo juízo⁷⁷, a Corte procedeu a uma análise de qual seria o resultado concreto de uma decisão sua revertendo a decisão do juízo da *District Court*, chegando à conclusão de que esse cenário não teria outro resultado senão a criação de uma situação simplesmente ingerenciável. Para a Corte, o plano de reorganização já estava consumado de modo tão substancial que não seria mais possível oferecer tutela jurisdicional efetiva aos apelantes⁷⁸.

Destaca-se que previamente aos argumentos orais, a *Court of Appeals* requereu que os apelados apresentassem um relatório informando a extensão em relação à qual o plano de reestruturação fora implementado e consumado; os apelantes não apresentaram controvérsia quanto ao relatório. Como os apelantes não obtiveram efeito suspensivo sobre a decisão do juízo concursal homologando o plano, este fora posto em prática a partir da metade de 1979, sendo que a apelação somente foi objeto de análise pela *Court of Appeals* em 1981. À luz das

⁷⁷ Hipótese de “*statutory mootness*”, em que a própria legislação prevê a inaptidão do recurso de apelação para atacar a decisão autorizando alienação de ativo ou a capitalização por emissão de débito, a menos que obtido efeito suspensivo sobre a decisão. A Corte de Apelações identificou na *Rule 805* um forte espírito da lei no sentido de que a obtenção de efeito suspensivo ao recurso de apelação é essencial para que o recurso possa surtir efeito.

⁷⁸ “Não estamos diante de uma situação em que o plano de reorganização já se encontra tão substancialmente implementado que é impossível conferir tutela jurisdicional efetiva quanto a tudo envolvido?” (Tradução nossa). “*Are we not quite patently faced with a situation where the plan of arrangement has been so far implemented that it is impossible to fashion effective relief for all concerned?*” In re Roberts Farms, Inc. 652 F.2d 793 (9th Cir. 1981).

falhas processuais (interposição de recursos errôneos) e da implementação do plano, a *Court of Appeals* proferiu sua decisão não conhecendo do mérito.

A *Court of Appeals* ainda se preocupou, no último parágrafo de sua sentença, em fazer uma ressalva quanto a questões de equidade referente aos apelantes. Destacou que como seus créditos, ilíquidos, não foram habilitados no processo concursal em razão da seção §57(d) do *Bankruptcy Act*, o crédito ainda seria passível de cobrança do devedor e seu sucessor se, em algum momento, eventual decisão judicial tornasse-o líquido.

Resta evidente, portanto, que quando do julgamento deste memorável caso, que acabou servindo como fundação para a futura aplicação da teoria da *equitable mootness*, a *Court of Appeals for the Ninth Circuit* estava diante de um cenário em que a consumação do plano de reestruturação era atribuível aos próprios apelantes, que cometeram diversos erros processuais. O fato de os apelantes não terem perseguido diligentemente o efeito suspensivo sobre a decisão do juízo concursal, por meio dos remédios processuais devidos, parece ter sido tão importante quanto os deletérios efeitos que sobreviriam da reversão da homologação do plano de reestruturação.

2.2.2.2 In re Continental Airlines

O caso referido como *In re Continental Airlines*⁷⁹, é marcante em razão de a *Court of Appeals for the Third Circuit*⁸⁰ ter buscado uma certa sistematização da *equitable mootness*, elencado 5 (cinco) fatores para sua aplicação. De igual sorte, o caso recebe destaque na doutrina em razão do voto dissidente apresentado na Corte, em que o juiz Samuel Alito⁸¹ apresenta suas críticas ao instituto.

O recurso apresentado à *Court of Appeals* foi interposto por quatro instituições bancárias na posição de *trustees* de credores que aportaram capital operacional à Continental Airlines, em reorganização nos termos do *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*. A decisão objeto da apelação (i) negou o pedido dos *trustees* no sentido de que o *stay period* fosse excepcionado para conferir-lhes “proteção adequada” quanto às suas garantias⁸², (ii) homologou o plano de

⁷⁹ *In re Cont'l Airlines*, 91 F.3d 553 (3d Cir. 1996).

⁸⁰ O Terceiro Circuito abrange os distritos judiciais de Delaware, Nova Jersey, Pensilvânia (subdividido em leste, centro e oeste) e Ilhas Virgens.

⁸¹ Atualmente Samuel Alito ocupa o cargo de Ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Justices**. 2019. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/about/justices.aspx>. Acesso em: 25 mai. 2019.

⁸² No direito falimentar estadunidense, há grande preocupação pelos aplicadores do Direito com os direitos de propriedade, assegurados constitucionalmente, e com a defesa das barganhas contratadas. De modo a defender tanto o direito de propriedade quanto o direito contratual do credor garantido, o sistema falimentar prevê que

reestruturação da Continental Airlines e (iii) negou o pedido de que fosse estabelecido um depósito judicial em quantia superior a US\$ 120.000.000,00 (cento e vinte milhões de dólares estadunidenses).

Essencialmente, os apelantes detinham um crédito contra a companhia, segurado por 29 (vinte e nove) aeronaves comerciais e 81 (oitenta e um) motores de aeronave adicionais, em relação ao qual havia disputa quanto à sua classificação. Diante do receio dos apelantes de que as garantias de seu crédito haviam declinado em valor, apresentaram pedido de “proteção adequada” ao juízo falimentar. O pedido foi inicialmente negado porque não fora precedido de um pedido para excepcionar o *stay period*. O pedido foi então renovado.

Em meio a esse cenário, seguiam os esforços de reorganização da Continental Airlines. Uma das principais medidas foi a assinatura de acordo com um grupo de investidores, composto por *Air Partners, L.P.* e *Air Canada*, por meio do qual os investidores aportariam US\$ 450.000.000,00 (quatrocentos e cinquenta milhões de dólares estadunidenses) à entidade reorganizada, aporte sujeito a diversas condições. Uma das condições para a implementação do investimento era a limitação do valor de *administrative claims*⁸³ reconhecidas pelo juízo falimentar.

A audiência de homologação do plano de reorganização foi encerrada em 16 de abril de 1993, quando o juízo concursal homologou o plano e negou provimento ao pedido renovado dos apelantes no sentido de que obtivessem “proteção adequada” em razão de suas garantias, além de afirmar que a “proteção adequada” não seria enquadrada como uma *administrative claim*. A essa decisão seguiu apelação endereçada ao juízo da *District Court*, além de petição requerendo a suspensão dos efeitos da homologação. O juízo da *District Court* emitiu decisão na qual arguiu que provavelmente os apelantes obteriam êxito em sua apelação, mas não garantiu o efeito suspensivo em razão de os apelantes não apresentarem garantia em juízo, como uma fiança. A Continental Airlines apresentou defesa no sentido de que a apelação seria *moot* (obsoleta), a qual foi acolhida pelo juízo.

o credor pode perseguir a “proteção adequada” de sua garantia em juízo, de modo que esta não tenha seu valor erodido. Assim, a *adequate protection* de garantias é uma das hipóteses que autorizam excepcionar o *stay period* durante o desenvolvimento do *Chapter 11*, nos termos da seção §362(d) do *Bankruptcy Code*. WAHOFF, William J. The Adequate Protection of Secured Creditors in Termination of Stay Litigation Under the Bankruptcy Code. *Ohio State Law Journal*, v. 43/715, 1982. Disponível em: https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/65210/OSLJ_V43N3_0715.pdf. Acesso em: 25 mai. de 2019.

⁸³ Créditos advindos da administração, preservação e operação da entidade em reorganização após o início do caso, conforme seção §503(b) do *Bankruptcy Code*. Trata-se de créditos com prioridade sobre os demais créditos não segurados.

Dessa maneira, a controvérsia chega à *Court of Appeals*. Após uma decisão dividida de um painel de 3 (três) juízes, a Corte teve novo julgamento (*en banc*), reunindo o colegiado da Corte.

No julgamento *en banc*, após uma diferenciação entre *constitutional mootness* e *mootness* baseada em aspectos de equidade e prudência (a *equitable mootness*), a Corte passou à análise dos aspectos geralmente analisados quando da aplicação da teoria de *mootness* alicerçada em fatores de equidade por outras Cortes, de modo que elencou o seu “*five factors test*”:

Fatores considerados por cortes em determinando se adentrar o mérito de uma apelação em um processo falimentar respeitaria critérios de equidade e prudência incluem (1) se o plano de reorganização já foi substancialmente consumado; (2) se efeito suspensivo foi obtido; (3) se a tutela jurisdicional requerida afetaria direitos de partes que não estão perante a corte; (4) se a tutela jurisdicional requerida iria afetar o sucesso do plano e (5) a política pública de conferir o caráter de decisão final a decisões em processos falimentares⁸⁴.

Assim, a *Court of Appeals* ratificou o não conhecimento da apelação. Foi levada em conta a consumação substancial do Plano: à exceção das distribuições aos credores não segurados, todas as demais provisões do Plano haviam sido realizadas. Soma-se a esse fato o aporte de US\$ 450.000.000,00 (quatrocentos e cinquenta milhões de dólares estadunidenses) que fora realizado pelos investidores, os quais basearam sua decisão na decisão homologatória.

Um fator importante no caso é o fato de que o robusto investimento somente seria perfectibilizado sob a condição de que os créditos tidos como *administrative claims* não ultrapassarem um determinado teto. Caso a apelação obtivesse êxito, portanto, o investimento poderia ser desfeito. A reversão da decisão homologatória, portanto, teria grave impacto sobre a Continental Airlines.

Apesar de a decisão ter sido favorável à entidade reorganizada, o juiz Samuel Alito, quem foi acompanhado por outros cinco juízes, relatou importante voto dissidente. Dentre as críticas, o juiz Samuel Alito defende que certamente haveria maneiras de prover alguma tutela jurisdicional que não impedisse a reorganização; mesmo a vitória dos apelantes no mérito não colocaria em risco a reorganização. Também foram tecidas críticas à proteção da confiança dos

⁸⁴ “Factors that have been considered by courts in determining whether it would be equitable or prudential to reach the merits of a bankruptcy appeal include (1) whether the reorganization plan has been substantially consummated, (2) whether a stay has been obtained, (3) whether the relief requested would affect the rights of parties not before the court, (4) whether the relief requested would affect the success of the plan, and (5) the public policy of affording finality to bankruptcy judgments.” *In re Cont'l Airlines*, 91 F.3d 553 (3d Cir. 1996). Tradução nossa.

investidores na decisão homologatória, porque, de acordo com Alito, qualquer investidor prudente levaria em conta a ampla gama de possíveis desfechos e probabilidade de provimento referentes às apelações apresentadas.

Se o caso *In re Continental Airlines* é lembrado pela apresentação de seus 5 (cinco) fatores para aplicação da *equitable mootness*, cumpre referir que a *Court of Appeals for the Third Circuit* acabou revisitando o teste que criara. Diante de constatações de que os fatores se sobrepunham, no caso *In re Semcrude*⁸⁵, a Corte sintetizou um novo teste, de apenas dois fatores. A Corte passou a levar em consideração apenas se o plano foi substancialmente consumado e se o provimento da tutela jurisdicional requerida iria esculhambar as provisões do plano e/ou causar danos a terceiros que agiram com base em sua homologação⁸⁶.

2.2.2.3 In re One2One Communications

O caso da One2One Communications⁸⁷ é lembrado pela doutrina por se tratar de uma decisão em que a *Court of Appeals for the Third Circuit* demonstrou sua preocupação com a amplitude que a *equitable mootness* vinha tomando. A decisão, nesse sentido, buscou estreitar o escopo de aplicação do instituto, especialmente em razão de a Corte estar diante de um caso muito menos intrincado que os casos passados, em que a decisão de não conhecimento da apelação em razão da *equitable mootness* fora mantida.

O devedor do caso é a One2One Communications, LLC, uma companhia que desenvolve tecnologia de serviços de faturamento. O credor irredimido com os termos do plano de reestruturação, Quad/Graphics Inc., é uma companhia do ramo de impressão, cujo crédito era de aproximadamente US\$ 9.300.000,00 (nove milhões e trezentos mil dólares estadunidenses), decorrente de uma condenação judicial, ao passo que o crédito total envolvido no *Chapter 11* do devedor, excluído o crédito da Quad/Graphics Inc., era de menos de US\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil dólares estadunidenses).

O devedor havia ajuizado processo voluntário de reestruturação nos termos do *Chapter 11*. Após apresentar 3 (três) versões diferentes de plano de reestruturação modificados, em 25 de janeiro de 2013 foi apresentado o quarto aditivo. Nos termos da versão mais recente, a

⁸⁵ *In re Semcrude*, L.P., 728 F.3d 314, 321 (3d Cir.2013).

⁸⁶ “In practice, it is useful to think of equitable mootness as proceeding in two analytical steps: (1) whether a confirmed plan has been substantially consummated; and (2) if so, whether granting the relief requested in the appeal will (a) fatally scramble the plan and/or (b) significantly harm third parties who have justifiably relied on plan confirmation.” *In re Semcrude*, L.P., 728 F.3d 314, 321 (3d Cir.2013).

⁸⁷ *One2One Communications, LLC*, 805 F.3d 428 (3d Cir. 2015).

One2One Holdings, LLC passava a ter o direito exclusivo de adquirir 100% da participação societária do Devedor pelo valor de US\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares estadunidenses). O plano também incorporava um acordo advindo do comitê de credores, o qual previa pagamento de US\$ 1.250.000,00 (um milhão, duzentos e cinquenta mil dólares estadunidenses) ao longo de 7 (sete) anos, acompanhado de uma cláusula de *non-competere* e a abstenção do ajuizamento de “ações revocatórias”^{88, 89}, pelo devedor, contra os credores quirografários.

Em 5 de março de 2013, o plano foi homologado. No entanto, o credor apelou da decisão por entender que o plano violava a norma da seção 1129(b)⁹⁰ do *Bankruptcy Code*, a qual previne, no âmbito de um *cram down*⁹¹, que os detentores de participação societária mantenham sua propriedade sobre as quotas ou ações do devedor se os credores quirografários

⁸⁸ Diferentemente do Brasil, em que a ação revocatória é prevista somente em relação ao instituto da falência (art. 130 da LREF), o sistema de insolvência norte-americano não distingue entre a “*reorganization bankruptcy (Chapter 11)*” e a “*liquidation bankruptcy (Chapter 7)*” em relação a atos ineficazes e remédios processuais cabíveis diante de atos oportunistas que prejudiquem todos ou parte dos credores. Isto é, o sistema estadunidense dispõe de medidas para evitar transações em que o devedor não recebe ou recebe contrapartida inferior à adequada (“*fraudulent conveyances*”) e para evitar transações em que o devedor favorece um dos credores, a custa dos demais (“*unlawful preferences*”). GURREA-MARTÍNEZ, Aurelio. The Avoidance of Pre-Bankruptcy Transactions: An Economic and Comparative Approach. **Chicago-Kent Law Review**, v. 93, n. 3, p. 711-750, set. 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2845101>. Acesso em: 01 jun. de 2019.

⁸⁹ Bankruptcy Code. §548. Fraudulent Transfers and Obligations: (a) (1) The trustee may avoid any transfer (including any transfer to or for the benefit of an insider under an employment contract) of an interest of the debtor in property, or any obligation (including any obligation to or for the benefit of an insider under an employment contract) incurred by the debtor, that was made or incurred on or within 2 years before the date of the filing of the petition, if the debtor voluntarily or involuntarily— (A) made such transfer or incurred such obligation with actual intent to hinder, delay, or defraud any entity to which the debtor was or became, on or after the date that such transfer was made or such obligation was incurred, indebted; or (B) (i) received less than a reasonably equivalent value in exchange for such transfer or obligation; and (ii) (I) was insolvent on the date that such transfer was made or such obligation was incurred, or became insolvent as a result of such transfer or obligation; (II) was engaged in business or a transaction, or was about to engage in business or a transaction, for which any property remaining with the debtor was an unreasonably small capital; (III) intended to incur, or believed that the debtor would incur, debts that would be beyond the debtor’s ability to pay as such debts matured; or (IV) made such transfer to or for the benefit of an insider, or incurred such obligation to or for the benefit of an insider, under an employment contract and not in the ordinary course of business.

⁹⁰ Bankruptcy Code. §1129. Confirmation of plan. [...] (b) [...] (B) With respect to a class of unsecured claims— (i) the plan provides that each holder of a claim of such class receive or retain on account of such claim property of a value, as of the effective date of the plan, equal to the allowed amount of such claim; or (ii) the holder of any claim or interest that is junior to the claims of such class will not receive or retain under the plan on account of such junior claim or interest any property, except that in a case in which the debtor is an individual, the debtor may retain property included in the estate under section 1115, subject to the requirements of subsection (a)(14) of this section.

⁹¹ A figura do *cram down* diz respeito aos planos de reorganização não aceitos por todas as classes de credores, os quais têm de cumprir requisitos adicionais previstos na seção 1129(b) do *Title 11*, de modo que assim o plano possa ser imposto aos credores. EPSTEIN, David G. **Bankruptcy and other debtor-creditor laws in a nutshell**. 5th ed. St. Paul: West Publishing, 1995. p. 356.

não forem pagos no valor total de seus créditos^{92, 93}. Os apelantes entraram com pedido de efeito suspensivo ao recurso de apelação, mas este não foi aceito. As partes apresentaram suas razões e contrarrazões recursais, mas o mérito da questão não foi analisado: em 24 de junho de 2013, a *District Court* entendeu por não conhecer do mérito em razão de o recurso ser *equitably moot*.

Assim, coube a um painel de três juízes do *Third Circuit* decidir a questão. De todos os fatores considerados, o que assume o papel principal na decisão em comento é o distinto cenário fático do *Chapter 11* da One2One Communications, LLC, em relação a outras reorganizações em que aplicada a teoria da *equitable mootness* pelo *Third Circuit*. Isto porque

⁹² Tem-se aqui outro instituto sem qualquer paralelo no ordenamento jurídico brasileiro. Nos termos da seção 1129(a) do *Bankruptcy Code*, o Plano de Reestruturação tem de cumprir com diversos requisitos para que possa ser homologado, incluindo sua aprovação em todas as classes de credores, nos termos da seção 1129(a)(8). Caso não seja possível homologar um Plano de Reestruturação consensual, o devedor ainda tem a possibilidade de ter seu Plano homologado por meio do *cram down*, nos termos da seção 1129(b), a qual igualmente elenca requisitos próprios a serem alcançados pelo Plano de Reestruturação. Dentre estes está o “*fair and equitable requirement*”; o *Bankruptcy Code* define como *fair and equitable* o Plano de Reestruturação em que nenhum classe de credores “júnior” mantém propriedade sobre qualquer bem do devedor ou recebe algum rateio antes do pagamento, em cheio, da classe que lhe é “sênior”. Eis o cenário jurídico significativamente distinto do processo de recuperação judicial brasileiro: em caso de *cram down*, os detentores de participação societária somente mantêm sua propriedade sobre as quotas ou ações se os credores quirografários forem pagos integralmente ou, alternativamente, se realizarem novos aportes. A doutrina explica a questão: “Consider a stock-holding CEO who proposes, ‘How about you general unsecureds take a 70% haircut, and we stockholders will generously let you have 10% of the shares of ‘our’ company as a sweetener?’ (The CEO reveals no irony in suggesting the stockholders still own the insolvent company as “theirs.”) This proposal would allow the stockholders to keep their shares of the company post-bankruptcy, albeit with a 10% dilution. The creditors might well reply, ‘No, we’d prefer to take only a 10% haircut, thanks. If you really want us to take a 70% haircut on our debt, we want half of the shares of company in Exchange.’ The negotiations can go back and forth, and the unsecured creditors’ leverage is threatening to vote as a class against the plan. If that happens, the CEO cannot use *cramdown* to override the vote and keep equity owning stock (which the CEO desperately wants). The absolute priority rule guarantees dissenting creditors that if confirmation of the plan will be *crammed down* over their objection, all the stockholders, including that CEO, will have their shares cancelled – they get nothing. The rule is that stark. Yet it makes sense in a world where equity isn’t allowed to get paid until creditors have been paid in full. (You might wonder: who owns the company if all the stock is wiped out? Under a sort of conservation of mass, it doesn’t just disappear, unless the debtor liquidates. The answer is the next most junior class – in this example, the unsecureds – must receive the new equity for a reorganization plan to be confirmed. [...] While the absolute priority rule seems to give creditors an unconditional option to squeeze equity out, not so many unsecured creditors are actually willing to do so if it means a dispirited owner-manager just walks away rather than continuing to pour talent and work into the company. [...] The Code says that equity may not “receive or retain” anything under the reorganization plan “on account of” their junior interests in the event of a *cramdown* [...] that doesn’t speak to whether equity can retain ownership on account of something else. Recall that the debtor has several postpetition financing options. In addition to seeking business loans in return for security interests or the like, the debtor may look for a new investor to put money into the business and become the new equity owner. And, not surprisingly, that new equity owner who will provide the cash to resuscitate the failing business through reorganization is often the old equity owner, still running the show. WARREN, Elizabeth et al. **The law of debtors and creditors**: text, cases, and problems. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 641-642.

⁹³ Por fim, destaca-se que há críticas à maneira como o instituto do *cram down* foi importado do sistema estadunidense ao sistema brasileiro, ressaltando-se o excesso de discricionariedade do juiz brasileiro, especialmente à luz de decisões judiciais que homologam o Plano de Recuperação Judicial mesmo quando não preenchidos sequer os requisitos do art. 58 da LREF, em que insculpido o *cram down*. ROMA, Bruno Marques Bensal. Par conditio creditorum, *cram down* e o princípio da preservação da empresa: a recuperação judicial às avessas no direito brasileiro. **Revista de Direito Empresarial**, vol. 11, p. 381-403, set./out. 2015.

o caso da One2One é marcadamente menos complexo: envolve poucos credores, uma quantia não expressiva de dívidas e meios de reorganização não intrincados.

Exemplificativamente, a Corte elencou os fatos de a reestruturação envolver um aporte em um valor não tão expressivo (US\$ 200.000,00), o fato de o devedor ter apenas um credor com garantia e dezessete credores quirografários, além de a reestruturação não envolver alterações no nome, no local dos negócios, na administração, dentre outros aspectos. Diante da simplicidade do caso, o *Third Circuit* entendeu que a *District Court* agiu em *abuse of discretion*⁹⁴, de modo que sua decisão foi revertida. Assim, restou determinado que a *District Court* adentrasse o mérito da apelação antes não conhecida.

A decisão ainda conta com marcante opinião da juíza Krause, em consonância com o decidido. Krause demonstra grande preocupação com os contornos que a *equitable mootness* vinha tomando, de modo que o instituto deveria ser remodelado para um escopo mais estreito de aplicação.

Após destacar não existir base estatutária para aplicação da teoria, dentre outras observações, a juíza aponta 4 (quatro) reformas a serem consideradas, caso a Corte opte por manter aplicando o instituto. A um, deveria ser posto mais peso na tentativa do apelante de obter efeito suspensivo, permitindo-se o não conhecimento da apelação talvez somente quando o apelante nem mesmo apresentou pedido para sua obtenção; a dois, deveria ser esclarecido o que significa “dano substancial” a “terceiros que justificadamente basearam-se na homologação do plano”, de modo que houvesse melhor definição acerca dos “terceiros” e de quanto sua atuação foi “justificada”; a três, o critério de revisão⁹⁵ para apelações sobre *equitable mootness* poderia ser revisto, de modo que se passasse do atual “*abuse of discretion*” para “*de novo*”,

⁹⁴ O critério “*abuse of discretion*” é utilizado para questões sujeitas à discricionariedade do Juízo *a quo*, apenas permitindo reversão da decisão da instância inferior se a decisão está “claramente errada”. No julgado *In re Continental Airlines*, destaca-se que a decisão sobre aplicação da *equitable mootness* depende de discricionariedade do juízo acerca do peso a ser conferido a questões de equidade e prudência – razão pela qual o critério de revisão é a “*abuse of discretion*”, isto é, a decisão só pode ser revista em caso de abuso de discricção. KANE, Mary Kay. **Civil procedure in a nutshell** – 3rd. ed. St. Paul: West Publishing, 1991. p. 249-250.

⁹⁵ “The scope and standard of review that will be used by the appellate court will depend on the nature of the alleged error – whether it involved an issue of fact or one of law – as well as whether the trial was before a jury or not. The fullest scope of review is for errors of law: appellate courts may decide such questions *de novo*. Rulings that are committed to the trial judge’s discretion are reviewed under an *abuse of discretion* standard, however, which allows reversal only if the trial judge was clearly wrong. Findings of fact receive greater deference than issues of law. In a case tried to a judge, they may be overturned only if they are clearly erroneous. See Fed. Rule 52(a). This means that only if the trial judge’s findings are based on a misunderstanding of the law or are totally without evidentiary support will they be reversed. Mixed questions of fact and law are treated as pure questions of law and are subject to full review. When a jury trial is involved, the appellate court will give even greater deference to the findings because constitutional jury trial rights typically protect the jurors’ factual determinations from review except to the extent allowed at Common Law.” KANE, Mary Kay. **Civil procedure in a nutshell** – 3rd. ed. St. Paul: West Publishing, 1991. p. 249-250.

garatindo-se assim maior autonomia à *Court of Appeals*, com menor deferência ao decidido pela *District Court*; por fim, a juíza opina que poderia ser incorporado um teste de “rápida análise do mérito da apelação”, pois até mesmo uma breve análise seria útil para que uma Corte tivesse melhor conhecimento dos efeitos dos diferentes provimentos jurisdicionais que poderia eventualmente emitir.

2.2.2.4 In re Tribune Media Co

O caso *In Re Tribune Media Co*⁹⁶, por sua vez, pode ser interpretado como uma resposta ao caso *In re One2One Communications*, pois nesta ocasião o *Third Circuit* não só afirmou a aplicação da teoria da *equitable mootness*, como também a decisão foi acompanhada de voto apartado, redigido pelo juiz Thomas Ambro, acompanhado do juiz Thomas Vanaskie, em que é exposta defesa ao instituto da *equitable mootness*.

A *Court of Appeals* tinha dois pontos distintos a enfrentar: de um lado, tem-se a apelação de Aurelius Capital Management, L.P.; de outro, apelações de Law Debenture Trust Company of New York e Deutsche Bank Trust Company Americas. Ambas as questões são suscitadas a partir da decisão do juízo concursal, o qual homologou o plano de reestruturação da *Tribune Media Company*. Apelada a decisão homologatória ao *District Court*, este não conheceu das apelações em razão de sua *mootness* (obsolescência).

A Tribune Media Co., responsável pela publicação do *Chicago Tribune* e do *Los Angeles Times*, enfrentava adversidades em meados de 2007, integrando um ramo de mercado em declínio. Ciente da oportunidade, um investidor, Sam Zell, orquestrou uma aquisição alavancada – *leveraged buy-out* (“LBO”) – para adquirir a companhia⁹⁷.

⁹⁶ *In re Tribune Media Co.*, 799 F.3d 272 (3d Cir. 2015).

⁹⁷ Quanto ao seu financiamento, as operações de compra e venda de companhias, em geral, assim ocorrem: (i) pagamento com capital próprio; (ii) pagamento com capital próprio combinado com participação societária; (iii) pagamento por meio de uma combinação de capital próprio ou participação societária aliados a pagamento por meio de capital advindo de empréstimo, utilizando-se, no entanto, apenas uma pequena parcela de valores advindos de empréstimos, em uma “*low leverage capital structure*”; (iv) pagamento com baixa parcela de capital próprio ou participação societária, aliado a expressiva parcela de pagamento com capital advindo de empréstimos. O quarto constitui um “*leveraged buy-out*”. SEEL, Gregory Brian. An Overview of Leveraged Buy-Out Transactions. SSRN, fev. 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1532261>. Acesso em: 08 jun. 2019.

O LBO fora estruturado em duas etapas: (i) a um, feita uma oferta hostil^{98,99} para obter mais da metade das ações da Tribune; (ii) a dois, a compra de todas as ações remanescentes. O financiamento para adquirir a Tribune fora assegurado por ativos da própria Tribune, o que garantia ao investidor Sam Zell a ausência de risco e à companhia um débito adicional de US\$ 8.000.000.000,00 (oito bilhões de dólares estadunidenses).

Em dezembro de 2008, a Tribune ajuizou seu *Chapter 11*. Em um momento seguinte, a Aurelius, um *hedge fund* especializado em *distressed debt*, adquiriu US\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de dólares estadunidenses) do débito prévio ao LBO, tornando-se participante ativo do processo de reestruturação.

Dez dias após o ajuizamento do *Chapter 11*, fora constituído o Comitê Oficial dos Credores Quirografários, o qual obteve permissão para perseguir diversas ações em prol da recuperanda, em face dos credores dos empréstimos realizados para o LBO, dos

⁹⁸ “As ofertas públicas de aquisição de ações, também conhecidas como OPA, são instrumentos para captação de ações diretamente do mercado, podendo ser utilizadas para diferentes finalidades. Como estabelecido pela Instrução Normativa da CVM 361 (“IN CVM 361”), são previstas seis diferentes modalidades de OPA, estando entre elas a OPA para aquisição de controle de companhia aberta.” TONUSSI, Érico Lopes. Oferta Pública de Aquisição de Controle – Casos Práticos e o Desenvolvimento da Regulamentação Aplicável. **Revista de Direito Empresarial**, v. 8, p. 69-88, mar./abr. 2015.

⁹⁹ “Quando a oferta pública de aquisição do controle é realizada sem a anuência ou a participação dos administradores da companhia visada, tendo por objetivo, na maioria das vezes, destituí-los, diz-se que ela é uma OPA hostil.” MENEZES, Isabella Simão. Aquisição do controle de companhias abertas: estudo sobre a oferta pública de aquisição de ações. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 76, p. 97-121, abr./jun. 2017.

administradores da Tribune, de Sam Zell e outros, incluindo quebra de deveres fiduciários¹⁰⁰ e transferências fraudulentas^{101, 102} (“Ações Relacionadas ao LBO”).

Diferentes grupos de interesse apresentaram seus planos de reestruturação¹⁰³. Destacam-se duas propostas: (i) o plano proposto pela Aurelius e (ii) o plano proposto pelo devedor, pelo Comitê de Credores Quirografários e pelos responsáveis pelos empréstimos do LBO. Havia uma diferença fundamental entre as duas propostas: a Aurelius buscava litigar as Ações Relacionadas ao LBO, ao passo que a segunda opção previa um plano de reestruturação por meio do qual uma larga parcela das referidas ações seria resolvida por meio de acordo no valor de US\$ 369.000.000,00 (trezentos e sessenta e nove milhões de dólares estadunidenses), ao passo que uma parcela remanescente seria delegada a um Fundo que as levaria adiante. A Aurelius se opunha à proposta porque entendia que os litígios poderiam levar ao recebimento

¹⁰⁰ “A doutrina norte-americana acerca do comportamento da administração da companhia visada por uma oferta hostil é extremamente prolífica. E não poderia ser diferente disso, tendo em vista que as tomadas de controle estão no centro do que é considerado como um dos mais importantes debates do direito societário daquele país – senão o mais importante de todos –, sobretudo porque traz consigo as antigas – mas sempre atuais – discussões acerca do poder de controle, do interesse social e dos deveres fiduciários da administração.” A doutrina e a jurisprudência norte-americana apresentam seus *standards* de comportamento quanto ao papel da administração da companhia sob o enfoque de uma oferta hostil, dado que há um evidente potencial para a materialização de conflitos de interesse: de um lado, há os administradores em busca da manutenção de seu *status*, seu papel na companhia; de outro, o dever dos administradores de atuarem em prol do melhor cenário para os acionistas. Nesse sentido, há um largo espectro de defesas de padrões de comportamento a serem adotados pela administração, em que, em um dos polos, encontra-se a recomendação de passividade total, e, no outro, a total discricionariedade da administração a respeito da defesa da oferta hostil, sendo certo que há, ainda, outras posições, de viés mais moderado, entre esses dois polos. SCALZILLI, João Pedro. **Mercado de Capitais, Ofertas Hostis e Técnicas de Defesa**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 159-167.

¹⁰¹ O *Bankruptcy Code*, acompanhado de legislação estadual específica – vide o *Uniform Fraudulent Transfer Act*, adotado pela maior parte dos Estados norte-americanos – invalida transferências fraudulentas, sejam elas realizadas com real intenção de fraudar, sejam elas apenas “construtivamente” fraudulentas. A primeira hipótese depende da demonstração da intenção subjetiva da parte de fraudar credores, ao passo que a segunda hipótese depende da demonstração de que a transferência obedece a um caráter sinalagmático, isto é, a transferência de determinado bem ou interesse foi devidamente correspondida por valores ou direitos adequados. EPSTEIN, David G. **Bankruptcy and other debtor-creditor laws in a nutshell**. 5th ed. St. Paul: West Publishing, 1995. p. 212-213.

¹⁰² A respeito da interseção entre *fraudulent conveyances* e *leveraged buyouts*: “[T]he problem of matching up the entity that gave value with the entity that received value is at the heart of corporate fraudulent conveyance law. The apotheosis of this difficulty lies in the application of fraudulent conveyance law to leveraged buyouts (“LBOs”). Without LBOs, many marginal corporate takeovers could not be financed. [...] An LBO traditionally works by using the assets of the to-be-acquired Corporation as collateral for the bank’s PMSI. Say that Gobble Fund buys Lunch, Inc., a business with no pre-existing debt, through an LBO. The end result is a massive debt on the balance sheet of Lunch. Because the proceeds of that massive loan don’t go to Lunch, Inc. as a corporate entity (say for plant improvements, marketing, etc.) and instead go to Gobble Fund to pay for buyout of Lunch’s previous shareholders, Lunch’s creditors may complain. If Lunch is rendered insolvent by this transaction, their complaints will turn to rumbles about constructive fraudulent conveyance.” WARREN, Elizabeth et al. **The law of debtors and creditors: text, cases, and problems**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 548-549.

¹⁰³ A exclusividade é do devedor nos primeiros 120 (cento e vinte) dias, conforme seção § 1121(b) do *Bankruptcy Code*. Passado esse período, no entanto, a apresentação do Plano de Reestruturação pode partir de “[a]ny party in interest, including the debtor, the trustee, a creditors’ committee, an equity security holders’ committee, a creditor, an equity security holder, or any indenture trustee”, consoante seção § 1121(c).

de uma quantia muito mais elevada do que o valor acordado segundo o plano do devedor, Comitê e credores do débito do LBO.

O juízo concursal entendeu que o acordo era razoável, e em 23 de julho de 2012 foi homologado o plano apresentado pelo devedor e outros interessados. A Aurelius prontamente requereu ao juízo que fosse conferido efeito suspensivo à decisão, ao que o juízo respondeu com a condicionante de que o efeito suspensivo seria obtido desde que a Aurelius apresentasse caução¹⁰⁴ no valor de US\$ 1.500.000.000,00 (um bilhão e quinhentos milhões de dólares estadunidenses) para potencialmente indenizar a recuperanda contra os custos estimados com uma suspensão indevida.

A Aurelius apresentou recursos quanto à caução, mas a *District Court* e a *Court of Appeals* não os acolheram. Seguiu-se a apresentação do recurso de apelação quanto à decisão homologatória do Plano. No meio tempo, porém, o plano de reestruturação foi consumado. A Recuperanda, então, apresentou pedido para que as apelações contra a decisão homologatória não fossem conhecidas. Dezoito meses após a data apontada como momento de consumação do plano, a *District Court* decidiu que a apelação era *equitably moot*.

Paralelamente, também opunham-se ao Plano homologado a Law Debenture Trust Company of New York e o Deutsche Bank Trust Company Americas. De acordo com os credores, eles contavam com créditos abarcados por um *subordination agreement* que conferia ao seu crédito certa preferência em caso de reestruturação ou falência da Tribune Media, o que não foi observado pelo plano homologado. A causa dos Trustees envolvia a quantia de apenas US\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de dólares estadunidenses), muito inferior ao montante que envolvia a discussão com a Aurelius. As apelações dos Trustees, no entanto, foram igualmente consideradas *equitably moot* pela *District Court*.

As apelações então são interpostas ao *Third Circuit*. Uma vez julgada, a apelação da Aurelius não contou com êxito sob nenhum dos aspectos pelos quais analisados a incidência da *equitable mootness*. A Corte decidiu que a tutela jurisdicional requerida pela Aurelius iria efetivamente levar o plano inteiro a ter de ser refeito. Assim, afertar-se-iam os direitos de terceiros, inclusive de terceiros que aportaram capital. Ainda, a Aurelius não apresentou nenhum pedido subsidiário ou alternativo por meio do qual sua apelação possa ser provida sem que isso necessariamente implique a realização de novo plano.

¹⁰⁴ Federal Rules of Bankruptcy Proceeding. Rule 8007. Stay pending appeal; bonds; suspension of proceedings. (a) Initial motion in the Bankruptcy Court. (1) In General. Ordinarily, a party must move first in the bankruptcy court for the following relief: (A) a stay of a judgment, order, or decree of the bankruptcy court pending appeal; (B) the approval of a bond or other security provided to obtain a stay of judgment.

Grande peso foi conferido, ainda, ao fato de a Aurelius não ter apresentado caução para que tivesse obtido o efeito suspensivo. A Corte destacou que a Aurelius arguiu que a caução solicitada tinha valor exorbitante, mas que não adotou postura alguma para apresentar caução em valor menor, apenas quis ver-se livre desse ônus¹⁰⁵.

Em sentido totalmente diverso, porém, a Corte entendeu que a questão apresentada pelos Trustees é muito mais direta – se o plano aloca recursos destinados à classe 1E à classe 1F. A Corte entendeu que não havia como uma questão de US\$ 30.000.000,00 desmontar com um plano envolvendo uma reestruturação na casa de US\$ 7.500.000.000,00 (sete bilhões e quinhentos milhões de dólares estadunidenses), havendo medidas para facilmente contornar eventual necessidade de realocar valores entre as classes.

A opinião da Corte encerra-se, portanto, ratificando a decisão da *District Court* quanto à questão levantada pela Aurelius, mas revertendo a decisão quanto à questão dos Trustees, de modo que a questão foi devolvida para que se proceda à análise do mérito. A decisão ainda é acompanhada de voto em concordância, em que exposta defesa ao instituto da *equitable mootness*, a qual, porém, deve ser aplicada no escopo correto.

2.2.3 *Statutory Mootness x Constitutional Mootness x Equitable Mootness*

Termos que vêm recorrentemente à tona quando analisado o instituto da *equitable mootness* são outras duas espécies de *mootness* – a que tem base na legislação ordinária (*statutory mootness*), conferindo irreversibilidade a certos atos por força de decisão do Poder Legislativo, e a que tem base na Constituição norte-americana (*constitutional mootness*), a qual se aproxima da figura do interesse de agir, garantindo que o Judiciário somente enfrente controvérsias reais. Cumpre diferenciar com maior detalhe os institutos.

Quando comparada a *equitable mootness* com a *constitutional mootness*, pode-se compará-las à luz da distinção entre o *indesejável* e o *impossível*. A *constitutional mootness* toma lugar diante do fato de o Poder Judiciário somente decidir questões “vivas”¹⁰⁶, onde

¹⁰⁵ “A falha de Aurelius em tentar reduzir a caução a um valor mais administrável (presumindo que suas afirmações estão corretas quanto ao fato de que não está apta a financiar uma caução tão expressiva em tão pouco tempo) leva-nos a concluir que a Aurelius efetivamente decidiu por assumir o risco de uma decisão alegando a *equitable mootness* e implicitamente decidiu que uma apelação com um efeito suspensivo condicionado a qualquer caução razoável não valeria a pena.” (Tradução nossa). “Aurelius's failure to attempt to reduce the bond to a more manageable figure (assuming its representations are correct that it would be unable to finance such a large bond on short notice) leads us to conclude that it effectively chose to risk a finding of equitable mootness and implicitly decided that an appeal with a stay conditioned on any reasonable bond amount was not worth it.” In re Tribune Media Co., 799 F.3d 272 (3d Cir. 2015).

¹⁰⁶ “A Constituição norte-americana (*Article III*) prevê o conceito de *mootness*, ao estabelecer que o Poder Judiciário deve apenas atuar em relação a casos e controvérsias vivas e atuais. Assim, a Suprema Corte norte-

efetivamente há uma controvérsia, onde há a possibilidade, de fato, de prover alguma espécie de tutela jurisdicional¹⁰⁷. No caso da *equitable mootness*, não é impossível prover a tutela jurisdicional requerida, mas a tutela não atenderia questões de equidade, isto é, prevalece um não convencimento, uma resistência, de que a tutela jurisdicional deve ser concedida, em oposição à inabilidade de concedê-la¹⁰⁸. Em razão de sua natureza, a *constitutional mootness* não se restringe aos processos recuperacionais, aplicando-se a todo um espectro de decisões judiciais¹⁰⁹.

Já a *statutory mootness*, como o nome sugere, deriva dos *statutes*, da legislação. No âmbito do Direito de Insolvência norte-americano, duas provisões do *Bankruptcy Code* recebem destaque ao preverem a irreversibilidade de determinados atos praticados no curso de um processo concursal: tratam-se das seções 363(m) e 364(e) do *Bankruptcy Code*¹¹⁰. A seção 363(m)¹¹¹ diz respeito à alienação de bens com autorização judicial, ao passo que a seção 364(e)¹¹² diz respeito ao financiamento DIP¹¹³. Em ambas as situações, a prática de um desses atos por parte do devedor em reestruturação somente poderá ser atacada caso o credor interessado obtenha efeito suspensivo¹¹⁴.

americana decidiu que, se nenhuma tutela com efetividade pode ser concedida, a ação judicial há de ser extinta, sem apreciação do seu mérito.” MUNHOZ, Eduardo Secchi. Mootness doctrine e o Direito Brasileiro. Preservação dos Atos Validamente Implementados no Âmbito da Recuperação Judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil** – São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 126.

¹⁰⁷ JUMBECK, R. Jake. Complexity as the Gatekeeper to Equitable Mootness. **Emory Bankr. Dev. J.**, v. 33, p. 171-217, 2016.

¹⁰⁸ KNIGHT, Katelyn. Equitable Mootness in Bankruptcy Appeals. **Santa Clara Law Review**, v. 49, p. 253-284, 2009.

¹⁰⁹ KOBZEFF, Lukian J. Recession Economics: Injecting Equitable Mootness into the Calculus. **Holy Cross Journal of Law and Public Policy**, v. 17, p. 218-267, 2013.

¹¹⁰ JUMBECK, R. Jake. Complexity as the Gatekeeper to Equitable Mootness. **Emory Bankr. Dev. J.**, v. 33, p. 171-217, 2016.

¹¹¹ Bankruptcy Code. §363(m). The reversal or modification on appeal of an authorization under subsection (b) or (c) of this section of a sale or lease of property does not affect the validity of a sale or lease under such authorization to an entity that purchased or leased such property in good faith, whether or not such entity knew of the pendency of the appeal, unless such authorization and such sale or lease were stayed pending appeal.

¹¹² Bankruptcy Code. §364(e). The reversal or modification on appeal of an authorization under this section to obtain credit or incur debt, or of a grant under this section of a priority or a lien, does not affect the validity of any debt so incurred, or any priority or lien so granted, to an entity that extended such credit in good faith, whether or not such entity knew of the pendency of the appeal, unless such authorization and the incurring of such debt, or the granting of such priority or lien, were stayed pending appeal.

¹¹³ “A lei norte-americana garante aos financiadores de empresas sob o *Chapter 11* que eventual revisão ou modificação da decisão judicial que autorizou a obtenção de novos recursos ou que conferiu prioridade ou gravame sobre algum bem não afetará a validade de nenhum crédito assim surgido, nem qualquer prioridade ou garantia conferida para um credor que tenha concedido novos créditos de boa-fé, mesmo que soubesse da existência de recurso contra tal decisão. O benefício não se aplica se a decisão for suspensa liminarmente durante eventual recurso.” DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 141.

¹¹⁴ “A *statutory mootness* deriva de duas provisões específicas do Código limitando diretamente a habilidade de uma corte de apelação de redecidir certas transações pós-petitórias se a parte interessada não requereu prontamente a concessão de efeito suspensivo.” (Tradução nossa). “Statutory mootness arises from two specific

É importante estar munido dos conceitos acima descritos ao enfrentar a questão da *equitable mootness*. Muitas vezes o instituto é aproximado de outras espécies de *mootness* – *constitutional* ou *statutory*; no entanto, a *equitable mootness* mantém sua individualidade frente aos demais institutos.

2.2.4 Críticas ao instituto da *Equitable Mootness*

Não obstante a presença da *equitable mootness* na realidade do Judiciário estadunidense, a teoria conta com ampla gama de críticos. Pode-se agrupar em três as principais críticas direcionadas ao instituto: (i) ausência de previsão legislativa; (ii) desrespeito à jurisdição de *Article III judges*; (iii) ausência de uniformidade em sua aplicação. O instituto, no entanto, também conta seus defensores.

A um, a doutrina é atacada por não contar com previsão legal. De fato, a teoria da *equitable mootness* é um instituto criado pelo Poder Judiciário¹¹⁵. A discussão acerca da inexistência de previsão legal para a aplicação da teoria é bem ilustrada com o caso “*In re One2One Communications*”, em que a juíza Krause afirma não haver qualquer base legal para a abstenção do Judiciário de se pronunciar acerca dos méritos de uma apelação¹¹⁶. A juíza do *Third Circuit* percorre a legislação de insolvência norte-americana a fim de demonstrar que não há base legal.

Em seu voto, Krause destaca que, dentre outras, as seções §363(m) e §364(e) do *Bankruptcy Code*, em que previstas disposições acerca da irreversibilidade da alienação de ativos e da obtenção de financiamento, não podem ser interpretadas como se essas provisões demonstrassem a existência de políticas públicas em prol da *equitable mootness*, como se a legislação favorecesse o não conhecimento de apelações contra o plano. Pelo contrário, o ponto levantado pela juíza Krause é precisamente o oposto: como o *Bankruptcy Code* prevê situações

Code provisions directly limiting an appellate court’s ability to overturn certain post-petition transactions if a party in interest did not timely file a stay.” JUMBECK, R. Jake. Complexity as the Gatekeeper to Equitable Mootness. *Emory Bankr. Dev. J.*, v. 33, p. 171-217, 2016.

¹¹⁵ PECHOUS, Matthew D. Walking the Tight Rope and Not the Plank: A Proposed Standard for Second-Level Appellate Review of Equitable Mootness Determinations. *Emory Bankruptcy Developments Journal*, v. 28, p. 547-592, 2012.

¹¹⁶ “So what is the constitutional or statutory anchor for declining to exercise jurisdiction over bankruptcy appeals dubbed “equitably moot”? Simply put, there is none.” *One2One Communications, LLC*, 805 F.3d 428 (3d Cir. 2015).

específicas em que as medidas são irreversíveis por recursos, caso o Legislativo assim quisesse em relação à decisão que homologa o plano, essa previsão constaria no *Bankruptcy Code*¹¹⁷.

A doutrina também destaca, em sentido semelhante, que a *equitable mootness* pode acabar levando a um caminho menos democrático. Como o instituto retira a supervisão de cortes superiores sobre o mérito em disputa, o sistema concursal fica, desse modo, mais “privado” do que o ideal (sem controles de natureza pública)¹¹⁸.

De outra senda, uma crítica presente na doutrina sobre o tema diz respeito ao fato de a *equitable mootness*, ao prevenir que a *District Court* ou a *Court of Appeals* conheça do mérito do recurso, levanta problemas constitucionais sobre jurisdição, dada a natureza dos juízes concursais, em 1ª instância. Faz-se uma distinção, no ordenamento estadunidense, entre os juízes de processos concursais em primeira instância e demais membros do Judiciário: a figura típica de um juiz norte-americano é prevista no *Article III*¹¹⁹ da Constituição Norte-Americana, ao passo que os juízes dos processos concursais, responsáveis pelas *Bankruptcy Courts*, derivam essa condição do *Article I*¹²⁰ da Constituição, ou seja, seu poder decorre de decisão do Poder Legislativo¹²¹.

Assim, por exemplo, juízes do *Article III*, os quais estão presentes nas *District Courts* e nas *Courts of Appeals*, contam com garantias como vitaliciedade e garantia de irredutibilidade salarial ao longo de seu mandato¹²²; já os juízes do *Article I*, responsáveis pelas *Bankruptcy Courts*, em 1º grau, servem mandatos definidos e são apontados por juízes das *Court of Appeals*¹²³. A autora Katelyn Knight destaca que o *Article III* da Constituição dos Estados Unidos da América garante aos litigantes que sua lide será decidida por alguém realmente

¹¹⁷ “Moreover, rather than establish a general ‘policy’ supporting equitable mootness, these provisions weigh *against* the doctrine. Because Congress specified certain orders that cannot be disturbed on appeal absent a stay, basic canons of statutory construction compel us to presume that Congress did *not* intend for other orders to be immune from appeal.” *One2One Communications, LLC*, 805 F.3d 428 (3d Cir. 2015).

¹¹⁸ “Indeed, ‘the value of the appellate system’s ability to increase public trust in judicial outcomes may exceed the amount of error correction actually accomplished.’ Judith Resnik has emphasized the importance of public participation (including observation) in adjudicatory processes as a democratic practice. As a result of equitable mootness, even fewer people get to tell their stories to a court of higher authority, or to observe an appellate court considering the matter.” JACOBY, Melissa B. Corporate Bankruptcy Hybridity. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 166, set. 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3234731>. Acesso em: 05 mai. 2019.

¹¹⁹ O *Article III* dispõe acerca do Poder Judiciário, tem como título “Article 3 – Judicial”.

¹²⁰ O *Article I* dispõe acerca do Poder Legislativo, tem como título “Article 1 – Legislative”.

¹²¹ KNIGHT, Katelyn. Equitable Mootness in Bankruptcy Appeals. **Santa Clara Law Review**, v. 49, p. 253-284, 2009.

¹²² KNIGHT, Katelyn. Equitable Mootness in Bankruptcy Appeals. **Santa Clara Law Review**, v. 49, p. 253-284, 2009.

¹²³ WARREN, Elizabeth et al. **The law of debtors and creditors: text, cases, and problems**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 863.

independente dos demais Poderes¹²⁴. Nesse sentido, como é a *Bankruptcy Court* que primeiro decide acerca da concessão de efeito suspensivo a um recurso de apelação¹²⁵, fator de marcada relevância quanto à aplicação da *equitable mootness* por uma instância recursal, a *equitable mootness*, de certa maneira, confere a um juiz do *Article I* o poder de decidir, em alguma medida, se um juiz do *Article III* irá enfrentar o mérito da disputa¹²⁶ – essa questão levanta problemas constitucionais relacionados à temática da jurisdição¹²⁷.

Por derradeiro, outra crítica negativa em destaque na doutrina sobre a *equitable mootness* diz respeito à ausência de uniformidade em sua aplicação. O sistema Judiciário federal, em que tramitam os recursos advindos de processos concursais, é composto, acima das *District Courts*, pelas *Court of Appeals*, as quais, por sua vez, têm acima de si apenas a *Supreme Court of the United States*¹²⁸. As 11 (onze) *Courts of Appeals* norte-americanas não chegaram a um consenso quanto a quais são os critérios que devem ser sopesados para que se possa aplicar a teoria da *equitable mootness*¹²⁹.

Exemplificativamente, a maioria das *Court of Appeals* elege o sopesamento de 4 (quatro) fatores: (i) se o apelante buscou e obteve o efeito suspensivo; (ii) se o plano de reorganização foi substancialmente consumado; (iii) a extensão em relação à qual a tutela jurisdicional afetaria o plano e (iv) a extensão em relação à qual a tutela jurisdicional perseguida afetaria terceiros. Já a *Court of Appeals for the Ninth Circuit*, por outro lado, utiliza utiliza um critério alternativo, de modo que há *mootness* se (i) for impossível à Corte provir uma tutela

¹²⁴ KNIGHT, Katelyn. Equitable Mootness in Bankruptcy Appeals. **Santa Clara Law Review**, v. 49, p. 253-284, 2009.

¹²⁵ Os juízes das *District Courts* têm competência sobre questões de Direito de Insolvência, mas há uma ideia geral de que esses juízes não têm o desejo de presidir processos concursais, razão pela qual essas questões podem ser designadas a um juiz da *Bankruptcy Court*, de acordo com a seção 157 do *Title 28* do *U. S. Code*. EPSTEIN, David G. **Bankruptcy and other debtor-creditor laws in a nutshell**. 5th ed. St. Paul: West Publishing, 1995. p. 393.

¹²⁶ “One of the problems currently with the rule of stays pending appeal is that it gives the bankruptcy court the power to control both whether the stay is granted, and in effect, whether the plan is consummated pending appeal. So, of the factors used by appellate courts to determine whether to grant an appeal, the bankruptcy court controls the most important since they decide whether the stay will be put in place”. MARTORELL, Maria Virginia. Economic Analysis of Equitable Mootness in Bankruptcy Cases and Effect of Current Shift Toward More Appellate Review of Plan Confirmation Orders. **SSRN**, mai. 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1832027>. Acesso em: 09 abr. 2019.

¹²⁷ “Nesse sentido, quando a corte distrital recusa o julgamento de uma apelação interposta contra uma decisão da corte de recuperação ela está, em última análise, subtraindo da parte o direito de ver sua demanda julgada por um juiz investido de poderes jurisdicionais na forma do artigo III da Constituição Americana.” DOS SANTOS, Pablo Francisco. Equitable Mootness no Direito Recuperacional Brasileiro: considerações sob a ótica do Direito e Desenvolvimento. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**, vol. 77, p. 143-162, jul./set. 2017.

¹²⁸ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE K. Mary; MILLER, Arthur R. **Civil procedure**. 4th ed. St. Paul, MN: Thomson, 2005. p. 5-7.

¹²⁹ ROSIEK, Caroline L. Making Equitable Mootness Equal: The Need for a Uniform Approach to Appeals in the Context of Bankruptcy Reorganization Plans. **Syracuse Law Review**, v. 57, p. 685-707, 2006.

jurisdicional efetiva ou se (ii) os apelantes não foram diligentes na busca do efeito suspensivo¹³⁰. Ainda, não só os fatores variam de Corte para Corte, mas também o peso a ser empregado a cada fator pode ser distinto¹³¹. As variações, assim, podem levar casos similares a resultados diversos¹³².

Os comentários sobre o instituto da *equitable mootness*, porém, também contam com sua cota de crítica positivas. O autor Lukian J. Kobzeff destaca o papel do instituto em manter as companhias em atividade e empregando trabalhadores, em oposição a um cenário em que um único credor poderia afetar milhares de interessados na continuidade da empresa¹³³. O juiz Ambro, do *Third Circuit*, em seu voto no caso *In re Tribune Media Co.*, destaca também os benefícios práticos da aplicação do instituto, apontando que até mesmo o custo do crédito seria impactado pela possibilidade de credores poderem frear a reorganização de uma companhia por anos¹³⁴.

À luz do exposto, portanto, nota-se que teoria da *equitable mootness* não é unanimemente aceita pela doutrina e mesmo pelo Poder Judiciário dos Estados Unidos. Assim como há quem defenda os benefícios da teoria, o instituto conta com uma série de críticos, seja por argumentos legais, constitucionais ou mesmo práticos.

¹³⁰ A autora Caroline L. Rosiek destaca os diferentes fatores adotados pela maioria das Cortes (Cortes do Terceiro, Quarto, Quinto, Sexto e Décimo Circuitos), pelo Segundo Circuito, pelo Sétimo Circuito e pelo Nono Circuito. ROSIEK, Caroline L. Making Equitable Mootness Equal: The Need for a Uniform Approach to Appeals in the Context of Bankruptcy Reorganization Plans. **Syracuse Law Review**, v. 57, p. 685-707, 2006.

¹³¹ JUMBECK, R. Jake. Complexity as the Gatekeeper to Equitable Mootness. **Emory Bankr. Dev. J.**, v. 33, p. 171-217, 2016.

¹³² A autora destaca ainda, que as diferenças não se dão apenas pelos fatores elencados, mas pelo peso que cada fator pode receber. ROSIEK, Caroline L. Making Equitable Mootness Equal: The Need for a Uniform Approach to Appeals in the Context of Bankruptcy Reorganization Plans. **Syracuse Law Review**, v. 57, p. 685-707, 2006.

¹³³ KOBZEFF, Lukian J. Recession Economics: Injecting Equitable Mootness into the Calculus. **Holy Cross Journal of Law and Public Policy**, v. 17, p. 218-267, 2013.

¹³⁴ “For why would an equity investor wish to put money into a reorganized entity if the plan could be ordered unraveled? And would not the cost of credit increase prohibitively with such a specter?” *In re Tribune Media Co.*, 799 F.3d 272 (3d Cir. 2015).

3 A TEORIA DO FATO CONSUMADO NO DIREITO RECUPERACIONAL BRASILEIRO

Analisada a *equitable mootness*, presente no sistema recuperacional norte-americano, passa-se à análise da teoria do fato consumado e sua aplicação no âmbito do Direito de Insolvência pátrio. Visa-se a traçar um paralelo entre os institutos, de modo que se possa identificar em que medida o incipiente uso da teoria do fato consumado pelo Poder Judiciário em processos de Direito Falimentar pode vir a proteger interesses convergentes com aqueles protegidos pelo instituto norte-americano.

Inicia-se pela apresentação do sistema de insolvência brasileiro, destacando-se algumas das semelhanças que guarda com o *Chapter 11* dos Estados Unidos da América. Ato contínuo, passa-se ao estudo da teoria do fato consumado, inicialmente em âmbito geral e, em seguida, no âmbito específico dos processos envolvendo Direito Recuperacional, em que a teoria parece adotar alguns contornos próprios. Segue-se à comparação do instituto da teoria do fato consumado com a *equitable mootness*, destacando em que pontos há convergência e em que pontos os institutos divergem.

Por derradeiro, discorre-se sobre o potencial espaço de acolhimento do instituto estadunidense pelo ordenamento pátrio, conforme apontado pela doutrina brasileira sobre o tema. Embora a doutrina não tenha se ocupado ainda do tema da teoria do fato consumado especificamente nos processos recuperacionais, à luz das observações da doutrina nacional a respeito da importação do instituto da *equitable mootness*, *apresentam-se* observações iniciais sobre a eventual capacidade da teoria do fato consumado de amoldar-se a contornos que resguardem os mesmos benefícios da *equitable mootness*.

3.1 A LEI 11.101/2005 E A INTRODUÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A introdução da Lei 11.101/2005 no ordenamento pátrio, sancionada em 09 de fevereiro de 2005¹³⁵ e passando a surtir efeitos após um período de *vacatio legis* de 120 dias¹³⁶, leva o ordenamento pátrio a adotar um novo paradigma em termos de Direito de Insolvência¹³⁷.

¹³⁵ A LREF tem origem no Projeto de Lei 3.476/1993, totalizando onze anos de discussões. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 60-63.

¹³⁶ LREF, Art. 201. Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação.

¹³⁷ “[...] até o advento da Lei 11.101/2005, o legislador não foi capaz de oferecer soluções razoáveis para a recuperação da empresa em crise, independente de qual fosse a orientação legislativa. [...] Há tempos a doutrina nacional vinha salientando a necessidade de realizar uma profunda reforma na legislação concursal brasileira,

Pode-se afirmar que a Lei 11.101/2005 dá início a uma nova fase do Direito de Insolvência pátrio¹³⁸. A doutrina destaca, assim, o período atual, regido pela LREF, como um quarto período, o qual fora precedido do Período Colonial¹³⁹, do Período Imperial¹⁴⁰ e do Período Republicano¹⁴¹.

A Lei 11.101/2005 é responsável pela introdução de novos meios recuperatórios no ordenamento pátrio: os regimes recuperatórios previstos na LREF são inéditos, distintos das opções insculpidas no diploma legislativo anterior, Decreto-Lei 7.661/45^{142,143}. Isto é, a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial “alteram substancialmente a alternativa anteriormente existente”¹⁴⁴.

A recuperação extrajudicial é um remédio previsto para crises econômico-financeiras menos acentuadas, o instituto “consiste, basicamente, em um acordo entabulado fora do Poder Judiciário entre o devedor e seus credores – parte deles ou sua totalidade – e posteriormente homologado¹⁴⁵”, visando à superação da crise. Já a recuperação judicial, destinada à crise de maior envergadura¹⁴⁶, pode ser assim conceituada:

Recuperação judicial é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano,

tendo como enfoque a modernização do nosso arcabouço jurídico-institucional em direção à recuperação das empresas economicamente viáveis e à rápida liquidação das empresas economicamente inviáveis.” TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa**. São Paulo: Almedina, 2018. p. 194-195.

¹³⁸ Segue-se a classificação realizada pelos autores João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea. TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa**. São Paulo: Almedina, 2018. p. 156.

¹³⁹ O Direito Falimentar fora regido pelas Ordenações Filipinas, pelas Ordenações Manuelinas e pelas Ordenações Filipinas.

¹⁴⁰ O Direito Falimentar fora regido pelo Código Comercial de 1850.

¹⁴¹ O Direito Falimentar fora regido pelo Decreto 917/1980, pela Lei 859/1902, pela Lei 2.024/1908, pelo Decreto 5.746/1929 e pelo Decreto-Lei 7.661/1945.

¹⁴² TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa**. São Paulo: Almedina, 2018. p. 201. A alternativa anterior existente, insculpida no Decreto-Lei 7.661/45, era a “concordata”, a qual podia ser preventiva ou suspensiva, não envolvendo negociação com credores – o instituto era como um benefício que o Estado concedia ao devedor. “De um mero “favor legal” que o Estado, por meio do Poder Judiciário, conferia ao devedor comerciante, uma vez presentes os requisitos previstos na lei anterior, passou-se a um sistema que pressupõe a participação direta dos credores mediante aprovação de um plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.”

¹⁴³ DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 66-67.

¹⁴⁴ SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. **Recuperação extrajudicial de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 23.

¹⁴⁵ SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. **Recuperação extrajudicial de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 24.

¹⁴⁶ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Almedina, 2018. p. 119.

assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juízo, implica novação dos créditos anteriores ao juízo da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembleia geral¹⁴⁷.

Feita uma breve introdução acerca da Lei 11.101/2005 e dos regimes recuperatórios por esta introduzidos, passa-se à análise mais detida do regime de Recuperação Judicial. A um, destaca-se o papel basilar do princípio da preservação da empresa; a dois, oferece-se um panorama das etapas do processo de reestruturação.

3.1.1 O paradigma da preservação da empresa

Seria tarefa hercúlea bem conceituar a recuperação judicial sem falar em seu princípio cardinal, o princípio da preservação da empresa. A LREF representa o abandono do antigo viés pendular da legislação de insolvência pátria, inaugurando uma fase caracterizada pela distribuição equânime de ônus entre credores e devedores, em prol da manutenção da atividade produtiva¹⁴⁸.

A legislação concursal brasileira filia-se ao espectro de sistemas internacionais cujo objetivo principal é a preservação da empresa, a exemplo dos sistemas estadunidense¹⁴⁹ e francês¹⁵⁰. O art. 47 da LREF não poderia ser mais claro:

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.

¹⁴⁷ LOBO, Jorge. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 175.

¹⁴⁸ COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015, v. 1. p. 33-35.

¹⁴⁹ “[...] a Lei 11.101/05 possui sólidos e importantes princípios inspirados na legislação norte-americana, que, seguidos, trarão sucesso à aplicação do diploma, promovendo a preservação de empresas viáveis; o desafio, na verdade, é se conseguir uma mudança cultural, fazendo com que tais princípios sejam considerados e aplicados de forma devida em todos os processos.” LUCAS, Fernando Pompeu. Aspectos gerais e princípios. In: COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015, v. 2. p. 27.

¹⁵⁰ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2018. p. 69-70.

Dentre a hierarquia de finalidades persguidas pela LREF, portanto, tem-se como primeiro objetivo a “manutenção da fonte produtora”, o que encontra fundamento no expressivo valor social da empresa em funcionamento, verdadeiro elemento de paz social, particularmente à luz dos empregos que mantém¹⁵¹ e da tributação que sustenta¹⁵².

A preservação da empresa também conta com fundamento econômico. Uma empresa em atividade conta com um *going concern*, um valor que decorre da capacidade de gerar caixa a partir de ativos devidamente organizados para o exercício da atividade empresarial – ao prevenir-se a liquidação da companhia em crise, reguarda-se esse *going concern*, preservando-se a diferença entre o valor da sociedade empresária em atividade e o valor de mera liquidação dos bens da sociedade¹⁵³.

Se, de um lado, não restam dúvidas de que o princípio da preservação da empresa ocupa o posto de princípio “basilar¹⁵⁴” do sistema concursal pátrio, perpassando diversos dispositivos da LREF¹⁵⁵, de outro, impõe reconhecer que referido princípio, como não poderia ser diferente, não tem caráter absoluto¹⁵⁶.

¹⁵¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 167.

¹⁵² “A empresa constitui a base da sociedade contemporânea, vez que é fonte geradora de tributos, empregos, melhora da qualidade de produtos, circulação de riquezas etc. Não se pode falar na construção de uma sociedade mais justa e solidária sem enfrentar e destacar o papel desempenhado pelas empresas na sociedade contemporânea. Afinal, o exercício dessa atividade econômica não gera apenas deveres e obrigações estabelecidos pelo ordenamento jurídico, como também interesses econômicos para a subsistência dos envolvidos direta e indiretamente, cujo desenvolvimento dessa cadeia produtiva alcança o Estado como um todo, uma vez que é por intermédio da atividade econômica que arrecada os tributos, indispensáveis para que possa honrar suas despesas e obrigações.” DANTAS, Renata Marques Lima. Princípio da preservação da função social da empresa no contexto da Lei de Falências e Recuperação de Empresas. **Revista dos Tribunais Nordeste**, vol. 2, p. 71-98, nov./dez. 2013.

¹⁵³ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 219.

¹⁵⁴ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **História do direito falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018. p. 220.

¹⁵⁵ “De mais a mais, o princípio pode ser visto em vários dispositivos espalhados pela Lei, consubstanciado em mecanismos auxiliares que visam a viabilizar os regimes recuperatórios, tais como a existência do período de proteção do devedor (*stay period* – art. 6º, *caput*); a proibição de retirada dos bens objeto de arrendamento mercantil e alienação fiduciária essenciais à atividade durante o *stay period* (art. 49, §3º); a novação das obrigações pela aprovação do plano (arts. 59 e 165); as regras de estímulo ao financiamento da empresa em crise (art. 67); a possibilidade de alienação do estabelecimento sem a ocorrência de sucessão das obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária e trabalhista (art. 60, parágrafo único; a possibilidade de o juiz impor a recuperação “goela abaixo” (*cram down*) aos credores dissidentes quando o plano for rejeitado pela assembleia; a regra de manter o devedor no comando da empresa recuepranda (*debtor-in-possession*) (art. 64, *caput*).” SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2018. p. 126-127.

¹⁵⁶ Rachel Sztajn faz um alerta, ainda, no sentido de que o princípio da preservação da empresa não deve ser interpretado de forma que a LREF assuma o caráter de legislação assistencialista. “O perigo que pode derivar de uma interpretação viesada da norma é o assistencialismo. Credores e trabalhadores têm um interesse comum – receber os valores a eles devidos, porém, aqueles, salvo hipóteses tópicas de investimentos específicos e não facilmente transferíveis para outro setor (investimento idiossincrático), preferem receber seus créditos, dando menor importância à manutenção da empresa. Trabalhadores, notadamente aqueles muito especializados ou os

Ao princípio da preservação da empresa contrapõe-se o princípio da viabilidade da empresa, de modo que não se tenha uma manutenção de toda e qualquer atividade empresária, a qualquer custo. Às empresas não viáveis destina-se o regime de falência; a viabilidade pode ser aferida a partir de fatores endógenos (fatores contábeis, características próprias da sociedade empresária) e exógenos (análise do mercado em que inserida a sociedade), sendo certo que a viabilidade passa pela capacidade da sociedade de levar a cabo seu plano de recuperação, já judicial, já extrajudicial¹⁵⁷.

Conclui-se, assim, que o sistema concursal pátrio fez uma nítida opção por ter em seu epicentro o princípio da preservação da empresa. A preservação da empresa irá perpassar diversos outros institutos da LREF, além de ocupar papel de destaque em decisões judiciais sobre temas de recuperação judicial.

3.1.2 Panorama do processo de reestruturação

Cumprido apresentar um breve panorama do procedimento de recuperação judicial, de modo a identificar as principais decisões a partir das quais o Judiciário poderá ser provocado a se manifestar quanto a eventual aplicação do teoria do fato consumado, bem como quem seria os agentes a suscitar tal provimento jurisdicional.

O processo de recuperação judicial é destinado a sociedades empresárias. Cumpridos os pressupostos do art. 48 e a petição sendo acompanhada pela documentação prevista no art. 51 da Lei 11.101/2005, o Juízo irá deferir o processamento da recuperação judicial¹⁵⁸.

nada especializados, preferem a continuidade da empresa se o mercado de trabalho lhes for desfavorável. Como conciliar esses dois interesses, agora divergentes? Pensar apenas na preservação de empregos leva ao assistencialismo com perda de eficiência. Privilegiar credores pode por em risco os interesses dos trabalhadores. Por isso que sem plano claro e fundamentado em estudos econômico-financeiros elaborados por profissionais espertos, o risco de o assistencialismo prevalecer e, no médio prazo serem todos, credores e trabalhadores, feitos reféns da falência, é real.” SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 223.

¹⁵⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 31.

¹⁵⁸ Levanta certa controvérsia na doutrina a postura do Juízo diante da análise da documentação prevista no art. 52 da LREF. Para Daniel Carnio Costa, Juiz de Direito Titular da 1ª Vara de Falências, Recuperações Judiciais e Arbitragens de São Paulo/SP, a análise da documentação não pode ser meramente formal, podendo eventualmente dar ensejo, inclusive, à realização de perícias que antecedam o deferimento da Recuperação Judicial. “Se não é possível aferir a viabilidade da empresa nesse momento inicial, pode ser possível aferir-se, ao contrário, a sua evidente inviabilidade. Essa deve ser a preocupação do juiz nesse momento inicial. É absolutamente inviável, por exemplo, uma empresa que já não tenha atividade por longo período, não tenha funcionários, não produza, não recolha tributos, não tenha mais sede, não tenha patrimônio sequer compatível com o desenvolvimento mínimo da atividade empresarial pretendida etc. [...] Daí que o juiz não deve apenas e tão somente verificar se todos os documentos exigidos pelo art. 51 foram juntados pela devedora, mas deve analisá-los, ainda que perfunctoriamente, para certificar-se de que não se trata de empresa evidentemente

A decisão que defere o processamento tem diversas repercussões, previstas no art. 52 da LREF, dentre as quais se destaca a implementação automática do *stay period*, período em que ações e execuções contra o devedor restarão suspensas. O *stay period* tem por fundamento possibilitar a negociação do plano de recuperação judicial^{159, 160}.

Além disso, as decisões de processamento têm ganho importância em razão de eventualmente decidirem acerca da possibilidade de trâmite da recuperação judicial em litisconsórcio ativo por grupo de sociedades. Essa decisão pode ter importante repercussão e desde já ocasionar agravo de instrumento endereçado ao Tribunal de Justiça, em especial por

inviável. É possível, ainda, que o juiz determine a realização de uma perícia de constatação prévia, caso o desconfie das condições da empresa e da fidelidade da documentação apresentada.” COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015, v. 1. p. 36-37.

¹⁵⁹ Embora o *stay period* tenha previsão no art. 6º da LREF, no Capítulo das “Disposições Comuns à Recuperação Judicial e à Falência”, o fundamento do período de suspensão é diverso para a falência e para a recuperação judicial. No caso da falência, a suspensão decorre da atração universal do juízo falimentar, não havendo como se proceder a execuções individuais; na recuperação judicial, por outro lado, o fundamento não é a atração do juízo concursal, mas a suspensão das execuções para que o devedor possa negociar seu Plano de Recuperação Judicial. AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 129-131.

¹⁶⁰ A prorrogação do *stay period* é um ponto frequentemente litigado na Recuperação Judicial. Embora o art. 6º, §4º, determine que o período de suspensão não se estenderá para além de 180 (cento e oitenta) dias, é comum encontrar decisões judiciais estendendo esse período, desde que o devedor não tenha contribuído para o retardamento do feito. SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Almedina, 2018. p. 410.

parte de credores que querem imediatamente barrar a possibilidade de apresentação de plano unitário para o grupo^{161, 162, 163}.

Deferido o processamento, o devedor conta com 60 (sessenta) dias para apresentar seu plano de recuperação judicial em juízo¹⁶⁴. Em havendo objeção ao plano, o juízo concursal irá convocar assembleia geral de credores¹⁶⁵.

¹⁶¹ Exemplificativamente, decidindo a respeito da possibilidade de apresentação de plano unitário a partir da decisão de deferimento da recuperação judicial: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 0105632-78.2018.8.21.7000**. Agravante: China Constructionbank (Brasil) Banco Múltiplo S.A. Agravados: Artecola Extrusão Ltda. e Outros. Relatora: Desa. Thais Coutinho de Oliveira. Julgado em: 09 mai. 2019. Disponibilizado em: 13 mai. 2019; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento 0014865-67.2016.8.19.0000**. Agravante: Banco BTG Pactual S.A.. Agravados: Abengoa Construção Brasil Ltda. e Outros. Relator: Des. Carlos Santos de Oliveira. Julgado em: 26.07.2016. Disponibilizado em: 01.08.2016.

¹⁶² A respeito da decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial de grupos societários, os Professores Francisco Satiro e Sheila Neder Cerezetti coordenaram pesquisa empírica, demonstrando, dentre outros aspectos, não haver a mais apurada técnica no Poder Judiciário brasileiro quanto à distinção entre litisconsórcio ativo (consolidação processual) e consolidação substancial (unificação de ativos e passivos do grupo em um só ente). Analisando os processos distribuídos por grupos de sociedades no período entre 01/09/2013 e 01/10/2015, no âmbito das varas especializadas da Comarca de São Paulo/SP, Em um universo de 41 (quarenta e um) processos analisados, chega-se à conclusão que “muito embora se tenha autorizado a consolidação processual em 32 processos, apenas em nove deles há expressa análise sobre a admissibilidade do litisconsórcio ativo. Em todos os demais (23), a cumulação de autoras é aceita sem que a ela se faça referência. E tratada como consequência simples e automática da declaração de vinculação das requerentes. Em somente quatro desses casos houve expressa diferenciação entre a aceitação da consolidação processual e a possível - mas não necessariamente consequente - consolidação substancial. Contudo, casos mais recentes e excluídos do corte temporal estabelecido pela pesquisa indicam que essa importante distinção tem se tornado cada vez mais frequente.” SATIRO, Francisco; CEREZETTI, Sheila Neder. A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial: Resultados de pesquisa empírica sobre recuperação judicial de grupos empresariais. **Revista do Advogado – AASP**, n. 131, p. 216-223, out. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/311677436_A_silenciosa_consolidacao_da_consolidacao_substancial_Resultados_de_pesquisa_empirica_sobre_recuperacao_judicial_de_grupos_empresariais/citations. Acesso em: 24 mai. 2019.

¹⁶³ Embora o art. 1.015 do Código de Processo Civil conte com um rol, *a priori*, taxativo, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela possibilidade de as questões suscitadas no decorrer da Recuperação Judicial poderem ser imediatamente atacadas pelo recurso de Agravo de Instrumento. “Na forma como a Lei de Recuperação de Empresas e Falência está estruturada, é necessário que as decisões interlocutórias sejam decididas desde logo. A recuperação judicial não é um processo em que há uma sucessão ordenada de atos que termina na sentença. A recuperação judicial busca coordenar o interesse dos credores e do devedor a partir da realização de diversos atos paralelos, que ao final serão alinhados para possibilitar a votação do plano e sua eventual aprovação ou a decretação da quebra. As questões surgidas nas fases postulatória e deliberativa não podem aguardar a sentença de encerramento.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.786.524/SE**. Recorrente: Itaú Unibanco S.A. Recorrido: Regia Comércio de Informática Ltda. “em Recuperação Judicial”. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 25 set. 2018. Disponibilizado em: 01 out. 2018.

¹⁶⁴ A não apresentação do Plano de Recuperação Judicial é causa para convalidação da recuperação judicial em falência, nos termos do art. 73, inciso II, da LREF. “Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: [...] II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei.”

¹⁶⁵ A ausência de objeções por parte dos credores leva à aceitação tácita do Plano de Recuperação Judicial. “É a presença de objeção nos autos que conduz à convocação de assembleia-geral de credores. Desse modo, se não for apresentada nenhuma objeção, não poderá ser convocada assembleia-geral de credores para apreciar o plano.” AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 246.

Compete à assembleia geral de credores deliberar acerca da viabilidade do plano de recuperação judicial. A assembleia é dividida em 4 (quatro) classes de credores, conforme previsão legal do art. 41 da LREF: (i) credores trabalhistas, (ii) credores garantidos por garantias reais, (iii) credores quirografários e (iv) credores enquadrados como ME/EPP¹⁶⁶.

Nos termos do art. 45 da LREF, a aprovação do plano de recuperação judicial depende de voto favorável da maioria simples dos credores presentes à assembleia geral de credores quanto às classes (i) e (iv), e da maioria simples cumulada com a maioria do valor do crédito para as classes (ii) e (iii). Caso não atingido o quórum de aprovação do plano de recuperação Judicial, no entanto, ainda é possível que o juízo concursal o homologue por meio da aplicação do *cram down*¹⁶⁷.

A decisão que homologa o plano de recuperação judicial é outro provimento judicial que sói movimentar os Tribunais de Justiça em razão de recursos apresentados por credores. O recurso cabível para atacar a decisão homologatória é o agravo de instrumento¹⁶⁸.

Homologado o plano, exsurge o período de supervisão de 2 (dois) anos, durante os quais qualquer descumprimento ao plano poderá levar à convalidação em falência¹⁶⁹. Cumpridas as obrigações vencidas nesse período, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial.

¹⁶⁶ Diferentemente das três classes previamente citadas, que levam em conta a natureza do *crédito*, a classe IV leva em conta um atributo pessoal do credor. Assim, a Lei 11.101/2005 foi modificada pela Lei Complementar 147, no ano de 2014, de modo a conformá-la às políticas públicas de incentivo às microempresas e empresas de pequeno porte. São enquadradas como ME as sociedades com faturamento anual até o limite de R\$ 360.000,00; para as EPPs o limite é de R\$ 4.800.000,00.

¹⁶⁷ Outro instituto inspirado na legislação norte-americana, o *cram down* na versão brasileira pode ser visto como uma simples redução do quórum necessário para a aprovação do Plano de Recuperação Judicial, nos termos do art. 58, parágrafo único, da LREF. Não obstante a LREF mantenha determinados requisitos de aprovação para que o Plano possa ser homologado, o Judiciário já homologou Plano de Recuperação Judicial em que nem mesmo os requisitos do art. 58, parágrafo único, foram alcançados. STJ, REsp 1.337.989/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 04/06/2018. Nesse toar, destaca também a doutrina: “[N]esse sentido, e de forma complementar, entendemos ainda, que o juiz da Recuperação pode até mesmo conceder a recuperação judicial, mesmo que não tenham sido obedecidos os requisitos dos §§1º e 2º da Lei 11.101/2005 (*cram down*), desde que tenha havido abuso de poder de voto dos credores, ao rejeitarem o plano de recuperação judicial apresentado.” RIBEIRO NETO, José Nazareno. Concessão da Recuperação Judicial. In: COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, v. 2, 2015. p. 187.

¹⁶⁸ LREF. Art. 59, §2º. Contra a decisão que conceder a recuperação judicial caberá agravo, que poderá ser interposto por qualquer credor e pelo Ministério Público.

¹⁶⁹ “Se o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano se der em até 2 anos da data da concessão da recuperação judicial, ao magistrado caberá a convalidação da recuperação judicial em falência, conforme disciplina o art. 61, § 1º. De outro lado, se o descumprimento do plano sobrevier ao transcurso do primeiro biênio da concessão da recuperação judicial, caberá a cada credor, através de ação judicial própria (execução de título judicial ou ação de falência), buscar a tutela jurisdicional almejada para fins de recuperação de seu crédito.” MANGERONA, Filipe Marques. Encerramento da Recuperação Judicial – Descumprimento do Plano – Responsabilidades. In: COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015, v. 2. p. 250-251.

Diante deste sucinto panorama acerca de como se desenvolve um processo de recuperação judicial, pode-se afirmar que há dois momentos focais em que tendencialmente há maior probabilidade de a teoria do fato consumado vir a ser aplicada por um Tribunal de Justiça ou pelo Superior Tribunal de Justiça: a decisão de deferimento e a decisão de homologação do plano de recuperação judicial. Com o panorama do processo de reestruturação em mente, passa-se à análise da teoria do fato consumado e como esta assume contornos próprios nos processos concursais.

3.2 A TEORIA DO FATO CONSUMADO

A teoria do fato consumado tem significativa presença na jurisprudência pátria¹⁷⁰. Não obstante a presença no quotidiano dos tribunais, a doutrina sobre o tema, por outro lado, não é tão prolífica^{171, 172}.

“Podemos definir o fato consumado como aquela situação criada por uma tutela provisória que, nada obstante essa característica, é levada em conta pelo julgador, isoladamente ou não, como fundamentação por ocasião do julgamento definitivo”¹⁷³. A teoria do fato consumado, em geral, é aplicada diante do quadro fático-jurídico em que uma decisão liminar é concedida, passa a gerar efeitos concretos, e, passado determinado tempo de trâmite processual, o Judiciário entende não mais ser cabível a reversão da decisão, ainda que proferida diante de conhecimento meramente sumário¹⁷⁴, em razão de fundamentos jurídicos ou

¹⁷⁰ A inserção do termo “teoria do fato consumado” na pesquisa jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça, exemplificativamente, tem como resultado, em 23 de junho de 2019, 656 (seiscentos e cinquenta e quatro) acórdãos.

¹⁷¹ “Há um grande claro doutrinário no estudo do assunto. Sua construção tem sido produto exclusivo da jurisprudência, cujas decisões repetem argumentos de decisões anteriores, sucessiva e acriticamente, com início pelo menos na década de 1940.” ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fato consumado, direito material e direito processual civil. **Revista de Processo**, v. 264, p. 249-278, fev. 2017.

¹⁷² “Com ressalva de algumas decisões, cujos operadores tiveram a dedicação e o tempo suficientes para um maior aprofundamento sobre o assunto e algumas valiosas contribuições entre livros e artigos esparsos, em termos de literatura jurídica brasileira bem pouco se tem escrito de forma sistemática [...]” BREGALDA, Roque. Fato consumado: pressupostos. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 19, p. 31-43, 1998.

¹⁷³ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fato consumado, direito material e direito processual civil. **Revista de Processo**, v. 264, p. 249-278, fev. 2017.

¹⁷⁴ “Em segundo lugar, o plano vertical (profundidade), que diz respeito ao modo como as questões serão conhecidas pelo magistrado. Aqui se responde à pergunta: de que forma o órgão jurisdicional conheceu aquilo que lhe foi posto à apreciação? A cognição poderá ser, portanto, exauriente ou sumária, conforme seja completo (profundo) ou não o exame. [...] A cognição sumária (possibilidade de o magistrado decidir sem exame profundo) é permitida, normalmente, em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou da evidência (demonstração processual) do direito pleiteado, ou de ambos, em conjunto. No plano vertical, a diferença entre as modalidades de cognição está apenas na maneira como o magistrado enxerga as razões das partes. [...] A cognição sumária conduz aos chamados juízos de probabilidade; conduz às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável, que, por isso mesmo, são decisões provisórias. Tem por objetivos assegurar a viabilidade da realização de um direito ameaçado por perigo de dano iminente (tutela

metajurídicos, não obstante a eventual constatação de desacerto da concessão da medida liminar¹⁷⁵. Ainda, para além das decisões liminares, a teoria do fato consumado também tem sido aplicada a partir de provimentos da Administração Pública¹⁷⁶.

Nesse sentido, a teoria do fato consumado seria um “mecanismo interpretativo” por meio do qual atribui-se maior peso à “confiança na juridicidade” do quadro fático que está diante do Judiciário, em detrimento do “exato teor da lei”¹⁷⁷. Em outras palavras, a fundamentação de julgados que fazem uso do instituto do fato consumado “gira em torno da consideração de que a situação é excepcional, e o problema, mais do que sob o aspecto da legalidade, deve ser encarado do ponto de vista da finalidade social das leis”¹⁷⁸.

A respeito da finalidade do emprego da teoria do fato consumado, há uma pletera de princípios constitucionais e processuais que abarcam o instituto:

Isto porque, sendo o fato consumado um fato jurídico juridicizado pelos princípios constitucionais e processuais, como os da segurança jurídica, da estabilidade das relações sociais, da supremacia do interesse público, da dignidade da pessoa humana, da legitimidade das decisões judiciais, da duração razoável do processo, da boa-fé, da instrumentalidade da forma, da instrumentalidade do processo, do resultado, da proporcionalidade, da efetividade e do atendimento pelo juiz aos fins sociais do ordenamento jurídico e às exigências do bem comum, é certo que não pode o exercício da jurisdição destituir a parte beneficiária de situação de fato consolidada pela própria jurisdição e que não causa prejuízo ao interesse público ou particular¹⁷⁹.

O professor Roque Bregalda sistematiza os pressupostos de aplicação da teoria: (i) estabilidade e segurança das relações jurídicas; (ii) proteção da confiança e da boa-fé; (iii) temporalidade e (iv) inexistência de prejuízo ou lesividade a terceiros. O primeiro pressuposto fundamenta a aplicação da teoria somente em casos em que não se está diante de situações de

antecipada cautelar, em que há cognição sumária do direito acautelado) ou realizar antecipadamente um direito (tutela antecipada satisfativa). Caracterizase, principalmente, pela circunstância de não ensejar a produção da coisa julgada material. É ambiente propício à cognição sumária a possibilidade de tutela provisória, seja ela satisfativa ou cautelar (arts. 294-311, CPC).” DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado: estabilização da estabilização? **Revista de Processo**, v. 242, p. 225-250, abr. 2015.

¹⁷⁶ “[...] o fato consumado é a situação consolidada que impõe seja o ato administrativo irregular convalidado pela constatação dos pressupostos da irreversibilidade.” BREGALDA, Roque. Fato consumado: pressupostos. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 19, p. 31-43, 1998.

¹⁷⁷ SANTOS, Bruno Henrique Silva. A segurança jurídica como vetor constitucional para a interpretação das leis: teoria do fato consumado. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 56, out. 2013. Edição especial 25 anos da Constituição de 1988. (Grandes temas do Brasil contemporâneo). Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Bruno_Santos.html. Acesso em: 16 jun. 2019.

¹⁷⁸ TESSLER, Marga Inge Barth. O fato consumado e a demora na prestação jurisprudencial. **Revista CEJ**, n. 27, p. 95-101, out./dez. 2004.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado: estabilização da estabilização? **Revista de Processo**, v. 242, p. 225-250, abr. 2015.

duvidosa existência; o segundo, somente em casos em que o fato consumado não é uma artimanha ativamente buscada pela parte para convalidar ato ilícito; o terceiro pressuposto é o “com maior carga de eficácia na verificação do fato consumado”, não havendo se falar em teoria do fato consumado sem transcurso de uma medida de tempo; por fim, o quarto pressuposto rememora os necessários cuidados decorrentes do fato de as decisões judiciais poderem surtir efeitos sobre sujeitos de direito não necessariamente constrictos entre aqueles com legitimidade processual em uma determinada lide¹⁸⁰.

A evolução jurisprudencial da teoria do fato consumado demonstra sua presença no Judiciário pátrio, de forma incipiente, desde a década de 1940¹⁸¹, sendo certo que essa presença envolve principalmente dois temas: ensino superior e provimento de cargo efetivo¹⁸². Assim, por exemplo, os Tribunais pátrios já tiveram de decidir, quanto ao primeiro tema, sobre direito de matrícula em universidade sem apresentação de certificado de conclusão do ensino médio¹⁸³, direito à colação de grau¹⁸⁴, direito de inscrição no vestibular¹⁸⁵; e, quanto ao segundo, sobre manutenção em cargo público de servidor reprovado em exame físico¹⁸⁶, manutenção em cargo público de servidor reprovado em exame psicotécnico¹⁸⁷, manutenção em cargo público de servidor que exigira remarcação da data da prova do exame físico¹⁸⁸, manutenção em cargo público de servidor que não preenchia todos os requisitos de edital de concurso público¹⁸⁹. À luz de decisões do Supremo Tribunal Federal, vige o atual entendimento, no entanto, de que a

¹⁸⁰ BREGALDA, Roque. Fato consumado: pressupostos. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 19, p. 31-43, 1998.

¹⁸¹ “A título meramente ilustrativo temos, ainda na primeira metade do século passado, julgado do STF que ressaltou o recebimento de vencimentos feitos sob color de boa-fé referentemente a lei que cassou vantagens pecuniárias concedidas a funcionários que não gozavam de irredutibilidade de vencimentos (ACi 8.070, rel. Min. Philadelpho Azevedo, j. 30.09.1943).” ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fato consumado, direito material e direito processual civil. **Revista de Processo**, v. 264, p. 249-278, fev. 2017.

¹⁸² NASCIMENTO, Leandro Maciel do. Notas sobre o fato consumado como fundamento jurídico para a estabilização de expectativas. **Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais (Unibrasil)**, Curitiba-PR, v. 27, n. 1, p. 88-109, jan./jun. 2017.

¹⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.761.984/RS**. Recorrente: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Recorrido: Julia Miglioretto. Relatora: Min. Regina Helena Costa. Disponibilizado em: 18 out. 2018.

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 833.692/AM**. Recorrente: Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Recorrido: Eymar Rodrigues da Encarnação. Relator: Min. Luiz Fux. Disponibilizado em: 24 set. 2007.

¹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.244.991/MG**. Recorrente: Universidade Federal de Uberlândia. Recorrido: Lumas Lima Lopes. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em: 22 nov.2011. Disponibilizado em: 01 dez. 2011.

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.223.220/RJ**. Recorrente: Dinei de Souza Bizzo. Recorrido: União. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponibilizado em: 21 set. 2011.

¹⁸⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível 0027979-15.2004.4.01.3400**. Recorrente: União Federal. Recorrido: Thallys Mendes Passos. Julgado em: 20.09.2010. Disponibilizado em: 04 out.2010.

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.263.232/SE**. Recorrente: Estado de Sergipe. Recorrido: Danilo Almeida de Carvalho. Relator: Min. Humberto Martins. Disponibilizado em: 10 ago.2011.

¹⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Mandado de Segurança 000923573.2010.807.0000**. Impetrante: Caroline da Cunha Diniz. Impetrados: Secretário de Estado de Saúde do Distrito Federal e Outros. Julgado em: 15 fev.2011. Disponibilizado em: 04 mai. 2011.

teoria do fato consumado é aplicável aos casos referentes à educação, mas não é cabível em casos referentes à manutenção em cargo público de ocupante que nele ingressou irregularmente¹⁹⁰.

A teoria do fato consumado não se vê livre de críticas. Destaca-se a falta de previsão legal do instituto, seja em relação ao direito material, seja em relação ao direito processual; a aplicação da teoria do fato consumado, convalidando um ato ilícito, pode ter como efeito uma situação de “ilegalidade, desigualdade, subversão da ordem jurídica e do ideário de Estado democrático de direito”¹⁹¹. À luz da aplicação da teoria do fato consumado a questões educacionais, Marga Inge Barth Tessler destaca que seu emprego pode comprometer a qualidade do ensino, além de ocorrer o desrespeito aos princípios da igualdade de acesso e da legalidade¹⁹².

Em que pese a doutrina conte com seu rol de críticas, não se pode fechar os olhos ao expressivo papel que a teoria desempenha no Judiciário pátrio. Construída pela jurisprudência, a teoria, há muito, vem sedimentando suas bases e pressupostos.

¹⁹⁰ “No primeiro caso, quanto ao ensino superior, a Corte vem mantendo sua jurisprudência histórica, no sentido de que a conclusão do curso sana os possíveis vícios ocorridos no ingresso ou ao longo dos estudos. Com efeito, em agosto de 2008, a Segunda Turma decidiu, ao julgar o recurso (Ag-RE n. 429.906-SC) estabeleceu que o ‘Supremo, ao analisar a hipótese em que houvera conclusão de curso superior antes do trânsito em julgado da decisão em que se discutia a idoneidade do ato de matrícula do aluno, manifestou-se pela aplicação da teoria do fato consumado à espécie’. Ou seja, a Corte tem mantido firme o entendimento pela aplicação da teoria do fato consumado em questões que tratam de ensino superior. [...] No segundo caso, relativamente à manutenção no cargo efetivo de ocupante cujo ingresso se deu de forma irregular ou mediante decisão judicial provisória, o STF adotou entendimento diverso: em regra, não há aplicação do fato consumado. Entende que não seria possível que o mero transcurso de tempo determine a manutenção dos efeitos do ingresso irregular. Em julgamento ocorrido em agosto de 2014, no Recurso Extraordinário (com repercussão geral) RE n. 608.482-RN [...] a parte interessada prestou concurso público, no ano 2000, para o cargo de agente de Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte. Mesmo tendo sido reprovada no teste físico e não ter realizado o exame psicotécnico, prosseguiu no certame. Por ordem judicial (provisória), tomou posse e entrou em exercício no ano de 2002. A decisão foi confirmada em 2009 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, com fundamento na constatação de que, na época, estava há sete anos de exercício contínuo e que, por isso, teria o direito de continuar a exercer suas funções. [...] No entanto, o relator, acompanhado pela maioria dos julgadores, entendeu que o recorrente não pode ser abrangido pela proteção da confiança, pois pautara sua expectativa com base em decisão precária. Muito menos, ciente de tal precariedade, poderia alegar fato consumado, até mesmo em razão de sua reversibilidade material. Após esse julgado, em razão do reconhecimento de repercussão geral, tribunais de todo o país passaram a adotar o entendimento de que a teoria do fato consumado não serve de fundamento para a manutenção em cargo público de candidato que prosseguiu em concurso público por força de decisão judicial provisória.” NASCIMENTO, Leandro Maciel do. Notas sobre o fato consumado como fundamento jurídico para a estabilização de expectativas. **Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais (Unibrasil)**, Curitiba-PR, v. 27, n. 1, jan./jun. 2017.

¹⁹¹ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fato consumado, direito material e direito processual civil. **Revista de Processo**, v. 264, p. 249-278, fev. 2017.

¹⁹² TESSLER, Marga Inge Barth. O fato consumado e a demora na prestação jurisprudencial. **Revista CEJ**, n. 27, p. 95-101, out./dez. 2004.

3.3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE INSOLVÊNCIA

A análise da aplicação da teoria do fato consumado ao Direito de Insolvência revela como a seara recuperacional conta com particularidades. As decisões que se consolidam no tempo não advêm de provimentos exarados com uso de cognição sumária, mas sim provimentos que estão adscritos a uma cadeia de etapas típica do processo de recuperação judicial – a reversão de uma determinada etapa, por vezes, poderia levar ao desmoronamento do processo como um todo.

Destaca-se também, em razão das particularidades dos processos concursais, uma preocupação um tanto mais direta do julgador com terceiros (credores, empregados, dentre outros). Nos demais casos onde a teoria do fato consumado é popularmente empregada pelo Judiciário, como casos envolvendo educação e cargos públicos, as lides tendem a ser mais focadas no destino de um único indivíduo.

Os julgados abaixo analisados são fruto de pesquisa jurisprudencial nos principais Tribunais de Justiça do país, acompanhados do Superior Tribunal de Justiça, bem como de pesquisa doutrinária. À pesquisa jurisprudencial não se aplicou corte algum: os casos 3.3.1. a 3.3.6. representam a totalidade de julgados encontrados sobre o tema por meio dos *sites* dos Tribunais de Justiça. O julgamento 3.3.7. é analisado à luz dos comentários do professor Pablo Francisco dos Santos sobre a decisão¹⁹³.

Dentre os julgados analisados, alguns demonstram como a teoria do fato consumado pode assumir contornos mais próximos àqueles apresentados pela *equitable mootness*, como é o caso das recuperações judiciais do grupo Grão Dourado e do grupo Ecovix, em que o Poder Judiciário defendeu a validade do plano de recuperação judicial também em razão do tempo transcorrido desde sua homologação, não obstante às ocasiões o Judiciário tenha enfrentado o mérito dos recursos e, portanto, analisado outros fatores em conjunto. Outros processos evidenciam que não necessariamente a teoria do fato consumado dirá respeito à decisão que homologa o plano de recuperação, demonstrando sua maior flexibilidade se comparada com o instituto estadunidense.

¹⁹³ O professor Pablo Francisco dos Santos faz uma análise dos recursos que têm por base a decisão homologatória do Plano de Recuperação Judicial da OAS, caso analisado no ponto 3.3.7. O professor também destaca como a teoria da *equitable mootness* poderia ter se amoldado ao caso da OSX, embora a teoria não tenha sido trazida à tona neste. DOS SANTOS, Pablo Francisco. *Equitable Mootness no Direito Recuperacional Brasileiro: considerações sob a ótica do Direito e Desenvolvimento*. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**, vol. 77, p. 143-162, jul./set. 2017.

3.3.1 Caso Grão Dourado

O Superior Tribunal de Justiça negou provimento a recurso que visava ao reconhecimento de invalidade de cláusula de plano de recuperação judicial já homologado e em cumprimento¹⁹⁴.

O grupo Grão Dourado teve seu início em 1974, com três irmãos dando início à exploração do plantio de arroz. As atividades do grupo se expandiram para outras culturas agrárias, bem como para a exploração da suinocultura. Em sua petição inicial requerendo a recuperação judicial, protocolada em 16 de novembro de 2011 perante a Vara Cível da Comarca de Piracanjuba/GO, o grupo alega que a expansão de sua atividade, aliada à diminuição da oferta de crédito, culminou em exacerbado endividamento.

Deferida a recuperação judicial, configurado seu devido trâmite, fora realizada assembleia geral de credores na data de 30 de novembro de 2012, na qual o plano de recuperação judicial do grupo Grão Dourado não restou aprovado nos moldes do art. 45 da Lei 11.101/2005. Não obstante 3 (três) credores terem apresentado manifestações nos autos da recuperação judicial buscando a rejeição do plano de recuperação judicial, o juízo de Piracanjuba vislumbrou estarem presentes os requisitos para homologação do plano por meio de *cram down*.

A disputa entre credores e devedores não se encerrou com a decisão do juízo concursal, estendendo-se ao Tribunal de Justiça de Goiás, e, posteriormente, ao Superior Tribunal de Justiça. A disputa que deu ensejo à aplicação da teoria do fato consumado diz respeito ao litígio entre Banco do Brasil S.A. e as devedoras.

A disputa parte do posicionamento da instituição bancária no sentido de que uma das cláusulas do plano de recuperação judicial do Grupo Dourado era inválida. Como se depreende do plano aprovado¹⁹⁵, uma das maneiras de reestruturação eleitas pelas devedoras foi a constituição de nova sociedade, sociedade anônima de capital fechado, a qual emitira ações em pagamento aos credores do grupo Grão Dourado. Assim dispõe o plano de recuperação judicial em sua cláusula 5.3.1.:

¹⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial 1.537.213/GO**. Agravante: Banco do Brasil S.A. Agravado: Grão Dourado Indústria e Comércio Ltda. – Em Recuperação Judicial e Outros. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 26 mar. 2019. Disponibilizado em: 02 abr. 2019.

¹⁹⁵ PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL MODIFICADO E CONSOLIDADO Nº 002. **Grão Dourado**, 2019. Disponível em: http://www.graodourado.com.br/renan/siteExemplo/rj/plano_de_recuperacao.pdf. Acesso em: 02 mai. 2019.

Os credores Quirografários das empresas em recuperação do Grupo Grão Dourado que vierem a receber a Dívida Novada através da Opção 1, terão os seus créditos da dívida novada pagos através de ações de uma nova empresa a ser criada, provisoriamente chamada “Xagro do Brasil S/A”, que será uma sociedade anônima de capital fechado e terá apenas ações ordinárias¹⁹⁶.

Segundo o Banco do Brasil, no entanto, referida cláusula representaria tratamento não paritário a credores do grupo, haja vista existir vedação constitucional à participação de sociedade de economia mista no capital de empresa privada, sem prévia autorização legislativa¹⁹⁷.

Inicialmente, em juízo de retratação, o Juízo concursal entendeu pela invalidade da cláusula do plano de recuperação judicial. O Tribunal de Justiça de Goiás, no entanto, não vislumbrou razão para modificação do plano de recuperação judicial, afirmando que a norma em questão – art. 37, inciso XX, da Constituição Federal – não estatui vedação absoluta, de modo que a instituição bancária poderia buscar a devida autorização legislativa¹⁹⁸.

Irresignada, a instituição bancária interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça. O Ministro Relator, Paulo de Tarso Sanseverino, com fulcro no art. 933 do Código de Processo Civil¹⁹⁹, intimara a instituição bancária a fim de que manifestasse quanto à permanência de interesse recursal a respeito da controvérsia haja vista a informação presente nos autos no sentido de que a sociedade X-Agro S/A fora criada, bem como que todas as obrigações que se venceram dentro do biênio legal já haviam sido devidamente pagas.

O Banco do Brasil afirmou que, de qualquer sorte, restava seu interesse “em tese”. Em decisão monocrática de 20 de novembro de 2018, o Recurso Especial foi julgado prejudicado, haja vista a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não é um Tribunal de função consultiva, sendo imprescindível a demonstração de subsistência de interesse recursal.

Em face a essa decisão, a instituição bancária apresentou Agravo Interno. Quando do julgamento do Agravo Interno, o Superior Tribunal de Justiça adentrou o mérito recursal e

¹⁹⁶ PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL MODIFICADO E CONSOLIDADO Nº 002. **Grão Dourado**, 2019. Disponível em: http://www.graodourado.com.br/renan/siteExemplo/rj/plano_de_recuperacao.pdf. Acesso em: 02 mai. 2019.

¹⁹⁷ O argumento está baseado no art. 37, inciso XX, da Constituição Federal: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.

¹⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. **Agravo de Instrumento 430680-52.2015.8.09.0000**. Agravante: Grão Dourado Indústria e Comércio – Em Recuperação Judicial e Outros. Relatora: Desa. Amélia Martins de Araújo. Julgado em: 08 mar. 2016. Publicado em: 06 abr. 2016.

¹⁹⁹ CPC. Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

negou-lhe provimento, fazendo uso da teoria do fato consumado. A decisão está assim ementada:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. CPC/1973. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRIAÇÃO DE SOCIEDADE DE CREDORES. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA NA QUALIDADE DE CREDORA. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. ART. 37, INCISO XX, DA CF. DISCRIMINAÇÃO A CREDORES. NÃO OCORRÊNCIA. SOCIEDADE DE CREDORES CONSTITUÍDA. EFETIVO CUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO BANCO. DECURSO DE MAIS DE 5 ANOS. TEORIA DO FATO CONSUMADO.

1. Controvérsia acerca da existência de discriminação a credores em função da necessidade de autorização legislativa para que o recorrente Banco do Brasil S/A venha a integrar uma sociedade de credores.
2. Nos termos do art. 37, inciso XX, da CF "depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada"
3. Inexistência de vedação absoluta à participação do Banco do Brasil S/A em empresa privada.
4. Existência de opção pelo recebimento do crédito em dinheiro, de forma parcelada, para os credores que não aderirem à sociedade de credores, com o deságio aprovado em assembleia.
5. Efetivo cumprimento do plano de recuperação, conforme fato incontroverso nos autos.
6. Transcurso de mais de cinco anos da data de homologação do plano de recuperação.
7. Ausência de comprovação de efetivo prejuízo ao banco.
8. Aplicação da teoria do fato consumado. Julgados desta Corte Superior.
9. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO²⁰⁰.

Segundo o Tribunal Superior, a cláusula 5.3.1. do plano de recuperação judicial do grupo Grão Dourado somente apresentaria prejuízo caso não restasse ao Banco do Brasil outra opção ao recebimento de seu crédito, o que não é o caso, pois a instituição bancária estava sendo adimplida regularmente.

O Tribunal destaca que o Plano de Recuperação Judicial fora aprovado ainda no ano de 2013, com o biênio legal há muito tendo escorrido, sem que, no entanto, o Banco do Brasil tivesse adotado qualquer medida de urgência perante a Corte. É nesse toar que o Tribunal invoca a teoria do fato consumado:

Nesse contexto, mostrar-se-ia de todo inoportuno eventual acolhimento da pretensão de anulação do plano de recuperação judicial, pois tal pretensão levaria ao desfazimento dos atos já praticados há mais de um lustro, dentre os quais a constituição da sociedade de credores, atingindo indiretamente interesse dos demais credores da recuperanda.

²⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial 1.537.213/GO**. Agravante: Banco do Brasil S.A. Agravado: Grão Dourado Indústria e Comércio Ltda. – Em Recuperação Judicial e Outros. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 26 mar. 2019. Disponibilizado em: 02 abr. 2019.

Ato contínuo, o acórdão faz menção a dois julgados do Superior Tribunal de Justiça que já haviam feito uso da teoria do fato consumado no âmbito de Recuperação Judicial: AgRg no Ag 1.008.393/RJ e REsp 1.004.910/RJ, relacionados ao Caso Casa de Portugal²⁰¹.

Trata-se de decisão, portanto, que, em analisando o mérito recursal, nega-lhe provimento com base na teoria do fato consumado. À época do julgamento, não só a sociedade objeto de controvérsia já havia sido constituída, mas já havia até mesmo escoado o biênio legal previsto no art. 61 da Lei 11.101/2005. Como o recurso visava a, originalmente, a desconstituir o plano de recuperação judicial, o caso guarda semelhanças com situações em que aplicada, nos Estados Unidos da América, a teoria da *equitable mootness*.

3.3.2 Caso Stillu's

O Tribunal de Justiça de São Paulo aplicou a teoria do fato consumado a recuperação judicial de sociedade simples, entendendo ser incabível, após 4 (quatro) anos, extinguir o feito de recuperação judicial, invalidando tudo quanto fora realizado. Trata-se do Agravo de Instrumento 0087069-56.2012.8.26.0000, julgado pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo em 26 de junho de 2012, sob a relatoria do Des. Enio Zuliani.

A sociedade “Stillus Prestação de Serviços de Enfermagem Sc Ltda” apresentara, em 13 de maio de 2008, seu pedido de recuperação judicial perante o foro de Santo André/SP. Em que pese tenha por objeto o exercício da atividade de enfermagem – objeto não empresário^{202,203} – a recuperação judicial foi deferida na data de 03 de junho de 2008.

²⁰¹ Ponto 3.3.4., abaixo.

²⁰² O art. 1º da Lei 11.101/2005 define os destinatários de suas provisões, não incluindo no referido rol as sociedades simples. À exceção das sociedades cooperativas, sempre de natureza simples, e das sociedades anônimas, sempre de natureza empresária, as demais sociedades têm aferida sua natureza com base no objeto que desempenham, de acordo com a leitura dos artigos 966 e 982 do Código Civil. DE LUCCA, Newton. Comentários aos artigos 1º ao 6º. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 72.

²⁰³ “Essas profissões intelectuais não se submetem ao estatuto do empresário por uma razão de ordem valorativa. Enquanto aos empresários é livre o exercício da profissão (art. 170, parágrafo único, CF), os profissionais liberais regulamentados necessitam observar os requisitos da lei (art. 5º, VIII, CF) no que respeita ao acesso e ao exercício da profissão. Nesse sentido, conquanto a atividade de médicos e de advogados seja, em abstrato, uma atividade de prestação de serviços idêntica à prestação de serviços realizada por empresários, do ponto de vista valorativo estabelece-se uma importante distinção entre elas. Todos os profissionais liberais regulamentados lidam com bens jurídicos que são particularmente importantes. Assim, por exemplo, o médico lida com a vida e a integridade física das pessoas; o advogado lida com a liberdade e a integridade patrimonial das pessoas. Por essa razão, tais atividades são socialmente valoradas como distintas, de modo a necessitarem de um conjunto de regras deontológicas a orientar o exercício da profissão, isto é, normas que delimitem as condições de acesso à profissão e, ao mesmo tempo, disciplinem o próprio exercício da profissão.” AYOUB,

Em 30 de março de 2012, o Juízo concursal manifestara-se acerca de questão referente a suposta ilegitimidade ativa da recuperanda, levantada por credor:

Considerando que o pedido de recuperação foi deferida pelo juízo através da irrecorrida decisão de fls.131/132, não há que se falar neste momento processual em ilegitimidade ativa da recuperanda.

Ademais, como bem salientado pelo Administrador e pelo Representante do Ministério Público, em vista do princípio da boa fé, considerando a segurança das relações comerciais, interesse na manutenção da atividade produtiva e preservação de empregos, o cumprimento do plano de recuperação só vem a garantir o efetivo recebimento dos créditos por seus credores habilitados, sendo que a extinção do feito a esta altura. Apenas traria prejuízo à coletividade de credores²⁰⁴.

O credor Unibanco recorreu de referida decisão, por meio de Agravo de Instrumento endereçado ao Tribunal de Justiça de São Paulo. O Tribunal paulista, contudo, manteve a decisão, permitindo o prosseguimento da recuperação judicial. O acórdão está assim ementado:

Recuperação judicial permitida a uma sociedade simples (de enfermagem) há quatro anos – Pedido, agora, de um dos credores, no sentido de extinguir o que se fez em virtude de não ser possível aplicar o regime da Lei 11101/2005 à sociedade simples (Súmula 49, do Tribunal de Justiça) – Incidência da teoria do fato consumado, mantendo o que se realizou, por ser mais produtivo em termos de desenvolvimento social – Não provimento²⁰⁵.

Destaca-se que o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo é diretamente contrário a Súmula editada pelo próprio Tribunal, Súmula 49, a qual assenta que sociedades civis não estão sujeitas ao regime da recuperação judicial²⁰⁶. De acordo com o Relator, o deferimento da recuperação judicial produzira efeitos “concretos e irreversíveis”, incidindo a teoria do fato consumado, também em razão dos interesses em pauta e da incapacidade do credor de demonstrar a utilidade da instalação do regime de insolvência civil.

Em 21 de julho de 2015, após apresentar plano de recuperação judicial modificativo, a Stillu's teve concedida sua recuperação judicial. A teoria do fato consumado, desse modo, permitiu o regular desenrolar da recuperação judicial de uma sociedade não empresária.

Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 24-25.

²⁰⁴ BRASIL. 1ª Vara Cível do Foro de Santo André/SP. **Processo 0015617-12.2008.8.26.0554**. Requerente: Stillu's Prestação de Serviços de Enfermagem Sc Ltda. Disponibilizado em: 30 mar. 2012.

²⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 0087069-56.2012.8.26.0000**. Agravante: Unibanco – União de Bancos Brasileiros. Agravado: Stillu's Prestação de Serviços de Enfermagem Sc Ltda. Relator: Des. Enio Zuliani. Julgado em: 26 jun. 2012. Publicado em: 29 jun. 2012.

²⁰⁶ Súmula 49: A lei nº 11.101/2005 não se aplica à sociedade simples.

3.3.3 Caso Brandl

A recuperação judicial da Brandl do Brasil Ltda. foi sede de uma das mais detidas análises da aplicação da teoria do fato consumado no âmbito do direito concursal brasileiro. No caso em comento, foi o juízo de primeira instância, o juízo concursal, o responsável por aplicar a teoria, de modo a preservar o que a recuperanda já havia cumprido de seu plano de recuperação judicial.

A Brandl do Brasil Ltda. ajuizou seu pedido de recuperação judicial na data de 28 de fevereiro de 2014, na Comarca de Curitiba/PR. Trata-se de sociedade empresária em atividade no Brasil desde 1998, tendo por objeto, em síntese, a fabricação e comercialização de máquinas e autopeças. Atribui sua crise econômico-financeira a dificuldades inerentes ao setor automotivo e aumento do custo da matéria-prima.

Em 10 de março de 2014, a 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial de Curitiba/PR deferiu o processamento da Recuperação Judicial²⁰⁷. Seguindo seu curso, fora apresentado plano de recuperação judicial, o qual foi submetido à análise dos credores em assembleia geral de credores. No âmbito da assembleia, o plano não fora imediatamente aprovado, eis que não alcançado o quórum previsto no art. 45 da Lei 11.101/2005.

Com a homologação do plano de recuperação judicial por adoção do *cram down* em 18 de setembro de 2014, o credor Itaú Unibanco S/A interpôs recurso de Agravo de Instrumento perante o Tribunal de Justiça do Paraná, perseguindo a invalidação da decisão homologatória em razão de não ter votado em abuso de poder e a de a decisão homologatória não contar com determinadas disposições acerca da legalidade do plano²⁰⁸. A instituição bancária, no entanto, não incluiu pedido liminar em seu recurso, de modo que o Agravo de Instrumento tramitou sem efeito suspensivo. Ao fim, em decisão de 28 de junho de 2016, o Itaú obteve êxito no mérito de seu recurso, o que impunha ao juízo concursal decidir novamente os pontos levantados.

Diante da necessidade de proferir nova decisão, o juízo concursal intimou o Administrador Judicial e todos os credores habilitados para se manifestarem sobre eventuais ilegalidades no plano, bem como para se manifestarem quanto à aplicação da teoria do fato

²⁰⁷ BRASIL. 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial de Curitiba/PR. **Processo 0000836-50.2014.8.16.0037**. Requerente: Brandl do Brasil Ltda.

²⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de Instrumento 0043445-62.2014.8.16.0000**. Recorrente: Itaú Unibanco S.A. Recorrido: Brandl do Brasil Ltda. Relator: Des. Espedito Reis do Amaral. Julgado em: 13 mai. 2015. Disponibilizado em: 24 jun. 2016.

consumado ao caso. Isso porque, como o recurso da instituição bancária havia tramitado sem efeito suspensivo, o plano de recuperação judicial vinha sendo cumprido pela recuperanda.

Quando de sua segunda decisão acerca do teor do plano, o juízo concursal lançou mão da teoria do fato consumado de modo a proteger os pagamentos que já haviam ocorrido até então:

A Teoria do Fato Consumado se aplica para casos excepcionais, quando se verifica que os fatos consumados a partir de uma decisão judicial devem ser resguardados, ainda que posteriormente a decisão venha a ser desconstituída. Tal teoria está intimamente ligada ao princípio da segurança jurídica, visando que os jurisdicionados não tenham receio de cumprir as decisões que geram efeitos pelo temor que posteriormente venha a ser desconstituídas.

Tal teoria se mostra plenamente aplicável ao caso em tela, em que a recuperação judicial já havia sido concedida à requerente, que realizou pagamentos aos credores nos termos do plano de recuperação judicial anteriormente homologado em decisão que foi anulada pelo Egrégio Tribunal de Justiça.

Considerando que a recuperação judicial foi concedida anteriormente na data de 18 de setembro de 2014, mas que apenas em 28 de junho de 2016 a decisão que a concedeu foi anulada, com a publicação do acórdão do Agravo de Instrumento nº 1.293.930-7, entendendo que os pagamentos realizados ao longo do período em que a decisão de concessão da recuperação estava surtindo efeitos devem ser mantidos.

Isto é, a teoria do fato consumado resguardou a parcela do plano de recuperação judicial que já havia sido cumprida, não obstante a determinação do Tribunal de Justiça do Paraná no sentido de anular a primeira decisão homologando o plano de recuperação judicial. Desta nova decisão foram interpostos recursos de Agravo de Instrumento por parte de três credores, instituições bancárias, no entanto, sem êxito.

Nota-se, assim, que o Caso Brandl representa um dos mais explícitos empregos do instituto do fato consumado em âmbito concursal. Por meio da teoria, o plano como um todo não fora escudado de ataques pelos credores (como o seria no caso de aplicação da *equitable mootness*), mas os atos validamente praticados sob sua égide restaram protegidos. O caso também traz à tona a importância de eventuais recursos contra a decisão homologatória serem dotados de pedido de efeito suspensivo. Destaca-se, por derradeiro, que é a única hipótese em que a teoria do fato consumado restou aplicada pelo próprio juízo concursal.

2.3.4 Caso Casa de Portugal

O caso da Casa de Portugal constitui mais um episódio em que o Poder Judiciário se nega a invalidar recuperação judicial de associação civil, a qual se encontrava já em estágio de execução do plano de recuperação judicial.

A Casa de Portugal é uma associação civil sem fins lucrativos, mantendo um hospital, uma escola e um asilo. Em 22 de maio de 2006, a associação ingressa no Poder Judiciário com seu pedido de recuperação judicial, o qual é distribuído à 4ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ.

Com anuência do Ministério Público, o pedido é deferido, não obstante a natureza civil da associação²⁰⁹. A recuperação judicial segue com seu trâmite normal, realizando-se a assembleia geral de credores em 11 de dezembro de 2006. Com pareceres favoráveis do Administrador Judicial e do Ministério Público, o plano é homologado 8 (oito) dias depois.

Gerando certa surpresa, o Ministério Público interpõe Agravo de Instrumento contra a referida decisão. Segundo afirma a Casa de Portugal, esse comportamento contraditório do Ministério Público é explicado em razão de Promotor de Justiça substituto ter assumido a responsabilidade sobre o processo durante as férias do Promotor titular, que até então vinha apresentando pareceres favoráveis à recuperação judicial, sem apresentar qualquer insurgência quanto à não empresarialidade da Casa de Portugal.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por sua vez, acolheu as razões recursais do Ministério Público, de modo que o processo concursal devesse ser extinto sem julgamento de mérito, haja vista a inaplicabilidade do regime da Lei 11.101/2005 ao caso²¹⁰.

Dessa maneira, o litígio acaba chegando ao Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a interposição de Recurso Especial por parte da recuperanda. Coube à Corte Superior reverter o entendimento esposado pelo Tribunal carioca, mantendo a Casa de Portugal em recuperação judicial e validando os atos praticados em cumprimento ao plano de recuperação judicial. O Recurso Especial restou assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REQUISITOS DO ART. 51 DA LEI 11.102/05. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. QUALIFICAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. SÚMULA 07/STJ. PRINCÍPIO DA UNICIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO.

1. As condições da ação constituem matéria de ordem pública e, portanto, passíveis de reconhecimento em qualquer fase do processo.
2. Alterar o entendimento do Tribunal de origem no que concerne ao status da pessoa jurídica é providência que refoge ao âmbito do recurso especial, face a necessidade de incursão no conjunto probatório que encerra.
3. O Ministério Público goza de prerrogativas funcionais e institucionais constitucionalmente previstas, dentre as quais a de atuar de forma independente, desde que legalmente amparado e fundamentadamente.

²⁰⁹ O caráter civil das associações está insculpido no art. 53 do Código Civil, *in verbis*: Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

²¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento 0004877-37.2007.8.19.0000**. Agravante: Ministério Público. Agravado: Casa de Portugal Em Recuperação Judicial. Relator: Des. Edson Aguiar de Vasconcelos. Julgado em: 09 mai. 2007. Disponibilizado em: 21 jun. 2007.

4. Aplicação da teoria do fato consumado à espécie.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido²¹¹.

Em suas razões de decidir, o Ministro Relator destacou o considerável papel social da recuperanda:

Em primeiro lugar, é de ser destacada a função social da recorrente, entidade que mantém um hospital, um asilo e um colégio, havendo notícia nos autos de que emprega por volta de seiscentas pessoas, disponibiliza à sociedade carioca mais de cem leitos, possui duzentos e setenta alunos matriculados, além de recolher impostos anualmente no montante de R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais).

Não só isso, mas o Ministro Relator também destacou o fato de o plano de recuperação judicial estar em pleno desenvolvimento, já tendo sido consolidada sua fase inicial.

Contra o Recurso Especial em questão foi apresentado Agravo Regimental pelo credor NKB Rio S/A. O credor, contudo, não obteve êxito. Prosseguindo a Recuperação Judicial, o procedimento concursal foi encerrado em 22 de julho de 2015 pelo Juízo concursal, haja vista o escoamento do biênio legal de observação do cumprimento do plano de recuperação judicial, conforme art. 61 da Lei 11.101/2005.

3.3.5 Caso *Ecovix*

No âmbito do caso *Ecovix*, tem-se o acolhimento da teoria do fato consumado de maneira ainda tímida, sem menção explícita à teoria. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul resguardou a validade da apresentação de plano de recuperação judicial unitário e da homologação do plano por parte do Juízo concursal.

O grupo *Ecovix* encontra-se em recuperação judicial desde 16 de dezembro de 2016²¹². A atividade empresária desenvolvida pelo grupo envolve a indústria naval direcionada à exploração de petróleo, além da prestação de serviços de engenharia. O grupo atribuiu sua crise econômica ao corte de incentivos estatais à indústria naval, à crise da Petrobrás, à crise do preço do petróleo, entre outras razões.

O grupo *Ecovix* enfrenta sua recuperação judicial em litisconsórcio ativo composto de 6 (seis) sociedades. Em momento ainda incipiente do processo concursal, já houve insurgência

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.004.910/RJ**. Recorrente: Casa de Portugal Em Recuperação Judicial. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Julgado em: 18 mar. 2008. Disponibilizado: 04 ago. 2008.

²¹² BRASIL. 2ª Vara Cível da Comarca de Rio Grande/RS. **Processo 0021114-08.2016.8.21.0023**. Requerente: *Ecovix Construções Oceânicas S.A.* e Outros.

de credores quanto à possibilidade de apresentação de plano único para as seis sociedades, o que levaria à consolidação não só *processual*, mas também *substancial*²¹³. Tanto o juízo *a quo* quanto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entenderam que a apresentação de plano único deveria ser deliberada pelos próprios credores, haja vista seu caráter negocial.

Quando da análise do Agravo de Instrumento 70075566083²¹⁴, interposto pela Caixa Econômica Federal, contudo, a essa análise meritória foi acrescido um novo aspecto: o longo decurso de tempo já transcorrido desde a apresentação do plano de recuperação judicial. Em que pese não haja menção explícita ao instituto do fato consumado, a proteção aqui conferida pelo Tribunal parece bem se amoldar ao instituto. À ocasião, o Desembargador Relator destacou que o fato de o plano único já ter sido inclusive aprovado em assembleia geral de credores justificaria até mesmo a adoção de posicionamento contrário ao daquela Câmara:

Veja-se que o decurso de mais de um ano e meio, com o plano de recuperação judicial aprovado em assembleia geral de credores efetivada dia 26 do mês passado, não há mais razão prática de se determinar a apresentação de um plano para cada lista de credores, como pretende a agravante, que, aliás, segue orientação jurisprudencial desta Câmara. Mas, diante do caso concreto, possível a apresentação, pois, de um plano único.

Para além dos Agravos de Instrumento interpostos a partir de decisões do Juízo *a quo* a respeito da apresentação de plano de recuperação judicial unitário, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul voltou a se debruçar sobre aspectos de validade do Plano quando do enfrentamento dos recursos de Agravo de Instrumento interpostos diante da decisão do Juízo *a quo* homologando o Plano aprovado em assembleia geral de credores.

É o caso, por exemplo, do Agravo de Instrumento 70079123980. Nele, o credor Banco da China impugna a apresentação de plano único. Após enfrentar o mérito recursal, expondo as razões pelas quais aceita a consolidação substancial, o Juízo concluiu o acórdão com breve anotação sobre a estabilização do plano de recuperação judicial, em razão do início de seu cumprimento:

²¹³ A consolidação processual é materializada pelo litisconsórcio ativo, decorrente do caráter subsidiário do Código de Processo Civil às matérias disciplinadas pela Lei 11.101/2005. A consolidação substancial, por outro lado, implica a união de ativos e passivos das sociedades do grupo em recuperação judicial, passando o grupo a apresentar um único Plano de Recuperação Judicial, votado em uma única Assembleia Geral de Credores. MITIDIERO, Daniel; FARO, Alexandre; DEORIO, Karina; LEITE, Cristiano. Consolidação substancial e convenções processuais na recuperação judicial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 78, p. 219-228, out./dez. 2017.

²¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 0320723-64.2017.8.21.7000**. Agravante: Caixa Econômica Federal. Agravados: Ecovix Construções Oceânicas S.A. e Outros. Relator: Des. Luis Augusto Coelho Braga. Julgado em: 12 jul. 2018. Disponibilizado em: 16 jul. 2018.

Em conclusão, considerando, ainda, a estabilização do plano de recuperação a partir de seu efetivo cumprimento, em atenção ao pactuado e referendado pela maioria dos credores, os quais, sem dúvida, almejam a execução dos termos ajustados no conclave, bem como a ausência de demonstração de prejuízo a partir da estruturação do plano de forma única em detrimento da individualizada, não visualizo qualquer ilegalidade no plano de soerguimento apresentado²¹⁵.

A decisão que homologou o plano de recuperação judicial do grupo Ecovix data de agosto de 2018. Contra referida decisão ainda estão pendentes de julgamento recursos de Agravo de Instrumento.

O caso Ecovix demonstra outra situação em que o Judiciário utiliza o tempo transcorrido e a segurança (cumprimento do plano em curso) para resguardar a validade de um plano de recuperação judicial. Embora o efetivo enfrentamento do mérito recursal tenha precedido a exposição de tais argumentos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nota-se mais um caso em que certos valores caros ao processo de reestruturação são tutelados guardando alguma semelhança, ainda que mínima, com a *equitable mootness*.

3.3.6 Caso IFC

O caso da IFC – International Food Company Indústria de Alimentos S/A (“IFC”) guarda a particularidade de fazer uso do instituto da teoria do fato consumado no âmbito de uma falência, a qual resultou de um processo de recuperação judicial inexitoso. A teoria foi empregada de modo que determinada deliberação de assembleia geral de credores não fosse revista pelo Poder Judiciário, mantendo-se hígida a alienação de ativos acordada.

A IFC fora constituída no ano de 1998, fazendo parte da indústria alimentícia, desempenhando suas atividades no âmbito do Estado de São Paulo/SP. Enfrentando dificuldades a partir do ano de 2005, a IFC ajuizou seu pedido de recuperação judicial em 07 de novembro de 2008²¹⁶.

Não obstante a tentativa de soerguimento, o procedimento concursal não obteve êxito. Em 16 de agosto de 2011, o Juízo recuperacional decretou a falência da sociedade, arguindo o não cumprimento do plano de recuperação judicial e o acúmulo de petições, advindas de credores, requerendo a convocação.

²¹⁵ Trecho do julgado BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 0277610-26.2018.8.21.7000**. Agravante: Banco da China. Agravado: Ecovix Construções Oceânicas S.A. e Outros. Relator: Des. Luis Augusto Coelho Braga. Julgado em: 25 abr. 2019. Disponibilizado em: 30 abr. 2019.

²¹⁶ BRASIL. 3ª Vara Cível da Comarca de Jundiaí/SP. **Processo 0039687-52.2008.8.26.0309**. Requerente: IFC International Food Company Indústria de Alimentos S.A.

Ato contínuo, já no âmbito do processo de falência, em 25 de outubro de 2012 fora realizada assembleia geral de credores com o propósito de decidir acerca de proposta apresentada por Vênus Capital e Participações S.A. no sentido de adquirir a integralidade dos ativos da IFC. A proposta foi aceita pelos credores e homologada pelo Juízo em 13 de novembro de 2012.

Em 17 de fevereiro de 2016, porém, o Juízo falimentar “desomologou” a deliberação da assembleia geral de credores, atuando de ofício, em razão do descumprimento da proposta²¹⁷. Contra a referida decisão, a adquirente dos bens da massa falida interpôs Agravo de Instrumento, o qual foi provido de modo a anular a decisão desomologatória. O Tribunal de Justiça de São Paulo já destacou, no ato, a preocupação com terceiros e o relevante intervalo temporal transcorrido desde a realização da assembleia geral de credores:

Entretanto, e tendo-se em vista todos os esforços e o tempo decorrido entre a AGC homologada em 2012 e a decisão de desconstituição, o Tribunal entende que a manutenção do despacho poderia acarretar mais prejuízos aos credores, que, há tempos, aguardam o cumprimento das responsabilidades assumidas pela Vênus²¹⁸.

Descontente com o descumprimento da proposta, no entanto, a JBM Investimentos, Participações e Negócios S.A., a qual detinha 79% das ações da IFC, apresentou nos autos do processo falimentar um pedido de “tutela de urgência com juntada de parecer”, o qual fora acompanhado de parecer do Professor Modesto Carvalhosa. A JBM visava à devolução dos ativos à massa, sob fundamento de inadimplemento do negócio aprovado em assembleia geral de credores.

O pedido foi negado pelo juízo concursal. Contra a decisão denegatória, a JBM interpôs Agravo de Instrumento perante o Tribunal de Justiça de São Paulo. À ocasião do julgamento do recurso, o Tribunal fez expressa menção à teoria do fato consumado, elevada à razão principal de decidir. Segundo o Tribunal paulista, situações consolidadas pelo transcurso do tempo não devem ser desconstituídas, “observando-se o princípio da segurança jurídica e das relações sociais”. O Tribunal reiterou a preocupação com os terceiros, credores da massa falida:

²¹⁷ Consignou o Juízo, na decisão publicada no DJe em 19/02/2016: “Mas, o negócio jurídico realizado nos autos, deve, novamente, mas por diversa razão, ser desomologado, prejudicando-se requerimentos que abriam esta conclusão e presumem ainda pendente pagamento pela Vênus. Lamenta-se, mas o que seria pago em 5 dias úteis não foi pago em quase quatro anos.”

²¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2043685-67.2016.8.26.0000**. Agravante: Venus Capital e Participações S.A. e Brazal Brazil Alimentos S.A. Agravado: IFC International Food Company Indústria de Alimentos S.A. Massa Falida. Relator: Des. Enio Zuliani. Julgado em: 10 ago. 2016. Disponibilizado em: 17 ago. 2016.

No caso em análise, evidente que o desfazimento do negócio jurídico de aquisição dos ativos da falida, após o transcurso de aproximadamente seis anos, trará ainda mais prejuízos aos credores, diante da nova controvérsia que se instalará acerca da responsabilidade pelo pagamento dos créditos ainda não quitados, fazendo emergir a fundada dúvida da possibilidade de pagamento pela falida²¹⁹.

Contra a decisão acima destacada, a JBM interpôs Recurso Especial. O Recurso ao Superior Tribunal de Justiça ainda pende de análise de admissibilidade.

O caso IFC, assim, uma vez mais demonstra a flexibilidade da teoria do fato consumado. É a única hipótese encontrada em que a teoria do fato consumado foi aplicada a um processo de falência, em oposição aos demais casos, em que a aplicação ocorre em processo de recuperação judicial.

3.3.7 Caso OAS

O Caso OAS apresenta uma particularidade: não fora aplicada a teoria do fato consumado. No entanto, o grupo em recuperação judicial ativamente perseguiu a manutenção de alienação de UPI, nos termos do plano de recuperação judicial homologado pelo juízo concursal, fazendo uso, quando cabível, de argumentos relacionados ao transcurso de tempo e segurança dos credores. De fato, as recuperandas até mesmo evocaram a teoria da *equitable mootness* em nota de rodapé de uma de suas petições^{220, 221}.

O Grupo OAS fora fundado em 1976, desenvolvendo atividades relacionadas à engenharia civil. O pedido de recuperação judicial do grupo²²², apresentado em 31 de março de 2015 e fundado, entre outros motivos, nos reflexos da Operação Lavo Jato, representou o

²¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2050780-80.2018.8.26.0000**. Agravante: JBM Investimentos Participações e Negócios S.A. Agravado: IFC International Food Company Indústria de Alimentos S.A. Massa Falida. Relator: Des. Azuma Nishi. Julgamento em: 24 out. 2018. Disponibilizado em: 27 out. 2018.

²²⁰ A nota de rodapé encontra-se à fl. 3.466 do julgado BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2025896-55.2016.8.26.0000**. Agravante: Banco IBM S.A. Agravado: OAS S/A – Em Recuperação Judicial e Outros. Relator: Des. Carlos Alberto Garbi. Julgado em: 31 out. 2016. Disponibilizado em: 09 nov. 2016. A observação é do Professor Pablo Francisco dos Santos.

²²¹ DOS SANTOS, Pablo Francisco. Equitable Mootness no Direito Recuperacional Brasileiro: considerações sob a ótica do Direito e Desenvolvimento. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**, vol. 77, p. 143-162, jul./set. 2017

²²² BRASIL. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo/SP. **Processo 1030812-77.2015.8.26.0100**. Requerente: OAS S/A e Outros.

processo de reestruturação judicial com o 4º maior passivo até então registrado pelo Judiciário brasileiro²²³.

A recuperação judicial do grupo foi aprovada em 1º de abril de 2015. Com o regular transcurso da recuperação judicial, os credores aprovaram o plano de recuperação judicial proposto, em assembleia geral de credores reunida na data de 17 de dezembro de 2015. O Juízo concursal homologou o plano em decisão publicada no Diário de Justiça eletrônico em 1º de fevereiro de 2016.

Dentre os recursos de Agravo de Instrumento interpostos em face à decisão homologatória, destaca-se o recurso autuado sob o nº 2050780-80.2018.8.26.0000, o qual fora interposto pelo Banco IBM S/A e pela IBM Brasil – Indústria, Máquinas e Serviços Ltda. Os credores contestam, dentre outros aspectos, a opção de reestruturação das recuperandas por meio da alienação da UPI²²⁴ denominada “Invepar”.

O Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu decisão a favor do soerguimento do grupo OAS, confirmando a homologação do Plano de Recuperação Judicial. Seguiu-se, então, interposição de Recurso Especial e Recurso Extraordinário por parte dos credores. O Recurso Especial foi recebido com efeito suspensivo.

Visando à reconsideração da decisão que concedeu efeito suspensivo ao Recurso Especial, as recuperandas arguíram acerca da irreversibilidade de atos previstos no plano de recuperação judicial. Apontaram os artigos 74; 129, VI e 131 da LREF como dispositivos que visam a dar segurança jurídica a alienações judiciais, afirmando que sua razão de ser “está justamente em propiciar segurança aos negócios que se perfazem no âmbito de uma recuperação judicial [...], sob pena de simplesmente não existir investimentos em tal ambiente.” O pedido de reconsideração não foi acolhido.

O Recurso Especial foi remetido ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento. A controvérsia, contudo, não teve maiores desdobramentos em face ao posicionamento da Corte

²²³ NOGUEIRA, Danielle; CAVALCANTI, Glauce. **Saiba quais são as 20 maiores recuperações judiciais do país**. O Globo, 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/saiba-quais-sao-as-20-maiores-recuperacoes-judiciais-no-pais-21661997>. Acesso em: 02 mai. 2019.

²²⁴ A sigla “UPI” faz menção ao termo “unidade produtiva isolada”, empregado pela Lei 11.101/2005 em seu artigo 60. O §1º do referido artigo, dispendo que “o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor”, é uma das principais inovações implementadas pela LREF, não obstante ainda não guarde a segurança vislumbrada na experiência norte-americana. AMADO, Renata Martins de Oliveira; MAGGIO, Renato Gomes Ribeiro. **Necessárias mudanças para alienação de ativos por empresas em recuperação judicial**. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, v. 6, out./dez. 2017.

superior no sentido de que o recurso era intempestivo²²⁵. O Recurso Extraordinário restou inadmitido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em que pese o caso não tenha envolvido a teoria do fato consumado ou a *equitable mootness doctrine* de modo mais expressivo, o julgado contava com um cenário fático propício para tanto²²⁶. Em aplicando-se a *equitable mootness* ao caso, o Recurso Especial não teria sido recebido com efeito suspensivo, garantindo o soerguimento da empreiteira²²⁷. O mesmo, talvez, poder-se-ia dizer quanto à aplicação hipotética da teoria do fato consumado ao caso. De qualquer maneira, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, concedendo efeito suspensivo ao Recurso Especial, por sorte, não teve consequências mais drásticas, como a falência do grupo.

3.4 TEORIA DO FATO CONSUMADO X *EQUITABLE MOOTNESS DOCTRINE*

Analisados os institutos da *equitable mootness* e da teoria do fato consumado, bem como linhas gerais do desenvolvimento jurisprudencial de cada qual, pertinente traçar um paralelo entre os institutos, apontando algumas de suas semelhanças e dissemelhanças. Não se tem notícia, contudo, de referido paralelo na doutrina ou jurisprudência, razão pela qual este trabalho limita-se a apontar indícios, previsões iniciais de como se comparam os dois institutos.

Inicialmente, destaca-se que ambos os institutos protegem uma noção de justiça, protegem terceiros, protegem situações consolidadas pelo transcurso do tempo²²⁸. A teoria do

²²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.683.432/SP**. Recorrente: Banco IBM S/A e Outro. Recorrido: OAS S/A – Em Recuperação Judicial. Relatora: Min. Laurita Vaz. Disponibilizado em: 15 ago. 2017.

²²⁶ “Aqui, mais uma vez, a teoria da *equitable mootness* seria útil à solução do problema. É indiscutível que a decisão mencionada coloca em risco o sucesso do plano nos termos em que aprovado pelos credores, sendo este um dos testes aplicados pela jurisprudência americana para a aplicação da *equitable mootness*.” DOS SANTOS, Pablo Francisco. *Equitable Mootness no Direito Recuperacional Brasileiro: considerações sob a ótica do Direito e Desenvolvimento*. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**, vol. 77, p. 143-162, jul./set. 2017.

²²⁷ DOS SANTOS, Pablo Francisco. *Equitable Mootness no Direito Recuperacional Brasileiro: considerações sob a ótica do Direito e Desenvolvimento*. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**, vol. 77, p. 143-162, jul./set. 2017.

²²⁸ Exemplificativamente, quanto à teoria do fato consumado aplicada ao Direito de Recuperação, veja-se trecho do julgado do STJ no caso Grão Dourado (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 1.537.213/GO. Agravante: Banco do Brasil S.A. Agravado: Grão Dourado Indústria e Comércio Ltda. – Em Recuperação Judicial e Outros. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 26.03.2019. Disponibilizado em: 02.04.2019): “[N]esse contexto, mostrar-se-ia de todo inoportuno eventual acolhimento da pretensão de anulação do plano de recuperação judicial, pois tal pretensão levaria ao desfazimento dos atos já praticados há mais de um lustro, dentre os quais a constituição da sociedade de credores, atingindo indiretamente interesse dos demais credores da recuperanda.” Quanto à *equitable mootness*, exemplificativamente, o *Third Circuit of Appeals* destaca, de maneira semelhante: “Cases where prudence counsels courts not to hear appeals are rare, but they are real. Complex bankruptcies reorganize thousands of relationships among countless parties. When a plan is substantially consummated, it is sometimes not only as

fato consumado aplicada ao Direito de Insolvência, bem como a *equitable mootness*, são institutos cuja aplicação, em razão de incidirem em processos concursais, produz efeitos que não atingem tão somente as partes de determinada lide (credor e devedor; recorrente e recorrido), mas toda a ampla gama de envolvidos com processos concursais, incluindo trabalhadores, consumidores, fornecedores, demais credores, autoridade tributária, etc^{229, 230}.

Ainda quanto às semelhanças, ambos os institutos são, em geral, analisados pela primeira vez em grau recursal. Isto é, majoritariamente²³¹, a teoria do fato consumado e a *equitable mootness* incidem por meio de uma decisão de um Tribunal, à luz de uma decisão do Juízo de 1º grau ou à luz de uma decisão do Juízo de 1ª instância recursal²³². A questão gera alguma controvérsia nos Estados Unidos, pois discute-se o *scope of review* a ser aplicado pelo Tribunal a quem se endereça a apelação – isto é, qual critério de revisão utilizar para rever a decisão do Tribunal *a quo*²³³. A discussão, no entanto, não tomaria esse molde no Brasil²³⁴.

Ainda, assemelham-se os institutos também pelo fato de receberem significativas críticas pela doutrina especializada. As críticas assemelham-se quanto à ausência de previsão legal²³⁵, mas assumem focos diferentes: a teoria do fato consumado, dado seu escopo que

difficult to restore an estate to the status quo ante consummation as it is to gather all the feathers from the proverbial pillow, it is also a crushing expense to the reorganized entity and its shareholders.” In re Tribune Media Co., 799 F.3d 272 (3d Cir. 2015).

²²⁹ “If equitable mootness is eviscerated, then an appeal from one disgruntled creditor could clog the entire bankruptcy process, ‘thereby impeding the debtor’s emergence and potentially affecting the interests of thousands of stakeholders’.” KOBZEFF, Lukian J. Recession Economics: Injecting Equitable Mootness into the Calculus. **Holy Cross Journal of Law and Public Policy**, v. 17, p. 218-267, 2013.

²³⁰ Embora ainda ausente doutrina sobre Recuperação Judicial e teoria do fato consumado, o Professor Manoel Justino Bezerra Filho destaca o valor da social da empresa ao comentar os princípios que norteiam o processo de recuperação judicial, destacando que a manutenção da atividade empresária perpassa até mesmo um elemento de paz social, em razão da manutenção de empregos. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 144.

²³¹ Faz-se uma exceção porque a teoria do fato consumado aplicada ao Direito de Insolvência foi utilizada pelo Juízo de 1º grau do Caso Brandl (3.3.3., acima).

²³² “Há soluções que não foram concebidas para serem utilizadas por juízes singulares, e “o fato consumado” é uma delas, pois significa confessar a própria inoperância na maior parte das vezes. Já o tribunal superior não tem outra solução senão conferir prestígio ao que tanto tempo foi prestigiado.” TESSLER, Marga Inge Barth. O fato consumado e a demora na prestação jurisprudencial. **Revista CEJ**, n. 27. p. 95-101, out./dez. 2004.

²³³ “However, one question that continues to divide circuits is the appropriate standard of review applied to a district court’s or bankruptcy appellate panel’s determination that an appealed claim is equitably moot.” PECHOUS, Matthew D. Walking the Tight Rope and Not the Plank: A Proposed Standard for Second-Level Appellate Review of Equitable Mootness Determinations. **Emory Bankruptcy Developments Journal**, v. 28, p. 547-592, 2012.

²³⁴ No Brasil, o Agravo de Instrumento endereçado aos Tribunais de Justiça nos processos envolvendo Direito Recuperacional ensejam reanálise de questões de fato e de direito. Os Recursos Especial e Extraordinário, por outro lado, não admitem reavaliação da prova, constituindo-se verdadeiras exceções os casos em que há alguma medida de apreciação dos fatos da causa. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

²³⁵ “O fato consumado não encontra qualquer agasalho no direito material ou direito processual.” ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fato consumado, direito material e direito processual civil. **Revista de Processo**, v.

ultrapassa os casos de Direito Recuperacional, é mais criticada pela convalidação de ilícitos²³⁶, ao passo que a *equitable mootness* recebe mais críticas em razão de negativa de prestação jurisdicional²³⁷. Nesse sentido, ainda, a *equitable mootness* é atacada em frentes em relação às quais a teoria do fato consumado dificilmente o seria: a um, as diferentes *Court of Appeals* estadunidenses têm diferentes parâmetros para aplicação da *equitable mootness*²³⁸; a dois, os juízes estadunidenses responsáveis pelos procedimentos falimentares não têm o mesmo *status* dos demais juízes integrantes do Poder Judiciário, o que gera críticas referentes ao problema de jurisdição²³⁹. O Brasil se vê imune da questão jurisdicional, mas eventualmente poderia ocorrer de Tribunais de Justiça terem posicionamentos diversos quanto aos pressupostos de aplicação da teoria do fato consumado nos processos de insolvência, caso a aplicação do instituto venha a se popularizar.

Quanto às dessemelhanças, destaca-se de início que a teoria do fato consumado, no âmbito do Direito de Insolvência brasileiro, não tem levado ao não conhecimento de recursos, mas sim a julgamentos de mérito²⁴⁰. Isto é, o mérito do recurso é enfrentado, o fato consumado é uma questão meritória. A *equitable mootness*, por outro lado, leva à *dismissal* dos recursos de apelação, sem julgamento de mérito²⁴¹. Não parece haver óbice, no entanto, à questão de a

264 p. 249-278, fev. 2017. “So what is the constitutional or statutory anchor for declining to exercise jurisdiction over bankruptcy appeals dubbed “equitably moot”? Simply put, there is none”. *One2One Commc’ns, LLC*, 805 F.3d 428 (3d Cir. 2015).

²³⁶ “A decisão que aplique o fato consumado [...] criando injustificada situação para o litigante, calcada em ilegalidade, desigualdade, subversão da ordem jurídica e do ideário de Estado democrático de direito.” ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fato consumado, direito material e direito processual civil. **Revista de Processo**, v. 264, p. 249-278, fev. 2017.

²³⁷ A negativa de prestação jurisdicional é abordada pelos críticos em razão de a *equitable mootness* ser utilizada como questão preliminar, sem que se adentre o mérito recursal. “The doctrine allows district courts to avoid their obligation to exercise the jurisdiction granted them by Congress and supervise the bankruptcy courts.” KNIGHT, Katelyn. *Equitable Mootness in Bankruptcy Appeals*. **Santa Clara Law Review**, v. 49, p. 253-284, 2009.

²³⁸ “While the courts in every circuit agree that the equitable mootness doctrine exists, diferente standards are applied when determining whether an appeal of the order confirming the Chapter 11 reorganization plan of a debtor company should be dismissed as equitably moot. [...] Although some of these variations may seem innocuous at first glance, they can result in very diferente outcomes when applied to similar cases.” ROSIEK, Caroline L. *Making Equitable Mootness Equal: The Need for a Uniform Approach to Appeals in the Context of Bankruptcy Reorganization Plans*. **Syracuse Law Review**, v. 57, p. 685-707, 2006.

²³⁹ “While the prototypical judge is granted power to adjudicate disputes by Article III of the U.S. Constitution, a bankruptcy judge is granted that power by Congress, pursuant to Article I. [...] [t]he doctrine of equitable mootness as recently applied allows bankruptcy courts to effectively exercise judicial power, threatening litigants’ right to review by an independent Article III court”. KNIGHT, Katelyn. *Equitable Mootness in Bankruptcy Appeals*. **Santa Clara Law Review**, v. 49, p. 253-284, 2009.

²⁴⁰ Vide os 7 (sete) casos elencados no ponto 3.3.

²⁴¹ “Courts found it no longer equitable to uptset the plan of reorganization and therefore refused to consider the merits of the appeal.” JUMBECK, R. Jake. *Complexity as the Gatekeeper to Equitable Mootness*. **Emory Bankr. Dev. J.**, v. 33, p. 171-217, 2016.

teoria do fato consumado eventualmente ser levantada pelo devedor como uma questão preliminar, por meio da alegação de ausência de interesse recursal do credor²⁴².

Outro ponto de divergência diz respeito ao surgimento e ao escopo de aplicação das teorias pelo Judiciário. A *equitable mootness* tem como foco o Direito Recuperacional, onde foi criada²⁴³, ao passo que a teoria do fato consumado é utilizada em um ou outro casos do Direito Concursal pátrio, em uma incidência muito menor e mais recente se comparada com outras áreas, como o Direito Administrativo^{244, 245}.

Os institutos desamelmam-se também quanto ao fato de a apresentação de caução pelo credor ser um fato presente de modo a garantir o afastamento da *equitable mootness*²⁴⁶. A teoria do fato consumado, por outro lado, até o momento não assumiu este molde em solo pátrio: não há notícia de Tribunal que condicionou a concessão de efeito suspensivo a Agravo de Instrumento à prestação de caução, de modo que não fosse implementado o plano de recuperação judicial homologado em 1º grau. Pode-se cogitar, porém, que eventualmente um Tribunal assim o faça, fazendo uso do art. 300, §1º, do Código de Processo Civil²⁴⁷.

²⁴² Poder-se-ia cogitar, por exemplo, de argumentação do devedor no sentido de que a desconstituição do Plano de Recuperação Judicial, impondo novos ônus, novo longo trâmite até a aprovação de um plano substituto poderia gerar mais prejuízos ao credor do que o pagamento nos termos do plano aprovado. Desse modo, a tutela perseguida pelo recurso não preencheria o requisito da utilidade, sem o qual não há interesse recursal. Nesse sentido: “[A] mesma ideia de utilidade da prestação jurisdicional presente no interesse de agir verifica-se no interesse recursal, entendendo-se que somente será julgado em seu mérito o recurso que possa ser útil ao recorrente. Essa utilidade deve ser analisada sob a perspectiva prática, sendo imperioso observar no caso concreto se o recurso reúne condições de gerar uma melhora na situação fática do recorrente. Quase todos os problemas referentes ao interesse recursal se resumem a esse aspecto, sendo certo que, não havendo qualquer possibilidade de obtenção de uma situação mais vantajosa sob o aspecto prático, não haverá interesse recursal.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único. 9. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 1.613.

²⁴³ O instituto foi criado pelas cortes americanas exatamente para endereçar os conflitantes interesses que exsurgem de um processo de reorganização. Notadamente, tem-se, de um lado, a necessidade de o processo de reorganização ser rápido e eficiente, e, de outro, outras preocupações de natureza judicial, como o devido processo legal e o direito à apelação. PECHOUS, Matthew D. Walking the Tight Rope and Not the Plank: A Proposed Standard for Second-Level Appellate Review of Equitable Mootness Determinations. **Emory Bankruptcy Developments Journal**, v. 28, p. 547-592, 2012.

²⁴⁴ Dentre os temas mais recorrentes quanto à aplicação da teoria do fato consumado estão o ensino superior e o provimento de cargo efetivo. NASCIMENTO, Leandro Maciel do. Notas sobre o fato consumado como fundamento jurídico para a estabilização de expectativas. **Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais (Unibrasil)**, Curitiba-PR, v. 27, n. 1, jan./jun. 2017.

²⁴⁵ Ainda, a aplicação da teoria do fato consumado está presente no Judiciário pátrio, de alguma forma, desde a década de 1940. ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fato consumado, direito material e direito processual civil. **Revista de Processo**, v. 264, fev. 2017.

²⁴⁶ Federal Rules of Bankruptcy Proceeding. Rule 8007. Stay pending appeal; bonds; suspension of proceedings. (c) Filing a Bond or Other Security. The district court, BAP, or court of appeals may condition relief on filing a bond or other security with the bankruptcy court.

²⁴⁷ CPC. Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. §1º. Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

Pelo exposto, nota-se que os institutos são diversos, cada qual guardando suas particularidades. A teoria do fato consumado, no entanto, parece poder se amoldar, dentre seus inúmeros potenciais contornos, a um formato em que muito se assemelha à teoria da *equitable mootness*: diante da implementação do Plano de Recuperação Judicial, o emprego da teoria do fato consumado por um Tribunal para impedir a reversão da decisão homologatória do Plano guardaria enorme semelhança com a maneira como a *equitable mootness* é aplicada em solo estadunidense.

3.5 O POTENCIAL ESPAÇO DE ACOLHIMENTO DO INSTITUTO NORTE-AMERICANO

Feitas algumas comparações iniciais entre o instituto da *equitable mootness* e da teoria do fato consumado, analisa-se como a doutrina pátria vislumbra o instituto estadunidense podendo vir a ser utilizado pelo Judiciário pátrio. Em sentido convergente, apresentam-se incipientes observações a respeito de como, eventualmente, a teoria do fato consumado amoldar-se-ia às proposições lançadas pela doutrina nacional.

A análise dos professores brasileiros destaca principalmente o papel do ordenamento jurídico e seus reflexos no âmbito do processos de recuperação judicial e o financiamento da Recuperanda – a importação da *equitable mootness*, nesse sentido, garantiria maior certeza aos processos, além de conferir melhores condições para o aporte de valores à sociedade em processo de soerguimento. Como a teoria do fato consumado pode abranger um leque amplo de situações, não parece haver um obstáculo intransponível ao emprego da teoria como um dos meios de concretizar os benefícios da *mootness doctrine* apontados pela doutrina nacional.

3.5.1 Certeza e estabilidade nos processos de soerguimento

A doutrina pátria sobre o instituto da *equitable mootness* é bastante escassa²⁴⁸. Para os autores Eduardo Secchi Munhoz e Pablo Francisco dos Santos, os quais enfrentaram o tema, há um consenso quanto à necessidade de estabilidade e segurança na aplicação da Lei 11.101/2005

²⁴⁸ “A doutrina da *equitable mootness* é assunto praticamente inexplorado na doutrina Brasileira. O único artigo de que se tem notícia publicado no país é de autoria do Professor Eduardo Secchi Munhoz, que fixou as bases que serviram de fundamento à elaboração do presente estudo.” DOS SANTOS, Paulo Francisco. *Equitable mootness no direito recuperacional brasileiro: considerações sob a ótica do direito e desenvolvimento*. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, vol. 77, p. 143-162, jul./set. 2017.

pelo Poder Judiciário. Nesse toar, a *equitable mootness* é bem vinda ao aprimar a confiança dos envolvidos com o processo de recuperação judicial, em particular potenciais investidores.

O professor Munhoz destaca a posição particular que o juiz assume em um procedimento concursal, posição de um “maestro” cujas decisões impactarão o futuro da sociedade:

Acresce que, nos processos de recuperação judicial ou de falência, o papel do juiz vai muito além de decidir as questões controvertidas, ou disputadas entre as partes. O juiz assume um papel de condutor, de maestro, de presidente, do processo, o que envolve não apenas decidir questões controvertidas, como também orientar e decidir matérias que dizem respeito diretamente ao desenvolvimento e ao futuro da empresa²⁴⁹.

Seguindo um raciocínio próximo, o professor Pablo Francisco dos Santos discorre sobre como a previsibilidade tem de estar presente no sistema jurídico, sob pena de o agente econômico ter de enfrentar demasiadas externalidades negativas intrínsecas à ausência de segurança, repassando os elevados custos aos preços dos produtos e serviços ofertados no mercado²⁵⁰. A doutrina também destaca que o próprio processo de recuperação judicial tem seus custos, em nada contribuindo ao soergimento que o procedimento se estenda²⁵¹.

Desenvolvendo sua linha expositiva, o professor Eduardo Munhoz relata pesquisa empírica elaborada por Lynn M. LoPucki, professor das faculdades de Direito da UCLA e de Harvard. A pesquisa aponta que o fator “que mais contribui para o sucesso de uma recuperação judicial é a experiências dos juízes ou dos tribunais que presidem o caso²⁵²”. No referido estudo, o professor LoPucki destaca que a designação de casos grandes, de companhias abertas, a juízes de acordo com sua experiência, em oposição à distribuição aleatória atualmente em vigor, as *survival rates* (taxas de sobrevivência) das sociedades em soergimento poderiam passar de

²⁴⁹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emmanuelle Urbano (Coords.). **Dez anos da Lei nº 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015. p. 269-270.

²⁵⁰ DOS SANTOS, Paulo Francisco. Equitable Mootness no Direito Recuperacional brasileiro: considerações sob a ótica do Direito e Desenvolvimento. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 77, p. 143-162, jul./set. 2017.

²⁵¹ “Deve ser considerado que o custo do dinheiro no tempo faz aumentar o volume de recursos a ser desembolsado pela empresa em crise. Em sede de recuperação judicial, a expressão, deveras coloquial, tempo é dinheiro, tem aplicabilidade literal e pode forçar o leme da empresa para um lado ou para outro. Ademais, o que se verifica é que recuperações judiciais geralmente envolvem grande aporte de capital devedor, o que implica que a remuneração do Administrador Judicial se constitui em dívida relevante contraída pela empresa já em dificuldade (art. 24 da LREF).” BENSAL, Bruno Marques. Recuperação Judicial e a eficiência da aplicação do princípio da preservação da empresa no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Empresarial**, v. 10, p. 229-242, jul./ago. 2015.

²⁵² MUNHOZ, Eduardo Secchi. Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emmanuelle Urbano (Coords.). **Dez anos da Lei nº 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015. p. 269.

menos de 30% para acima de 50%²⁵³. O estudo demonstra uma concentração de juízes com experiência em liderar casos de reestruturação (medida pelo número de casos presididos) nas *District Courts* de Delaware e de Nova York, os mais recorrentes destinos de companhias abertas fazendo uso do *fórum shopping*^{254, 255, 256}.

A doutrina pátria também conta com estudo empírico demonstrando que os efeitos de um Poder Judiciário especializado podem ser sentidos nos processos de recuperação judicial. Tendo como foco o monitoramento das varas especializadas criadas em São Paulo/SP²⁵⁷, Ivo Waisberg, Marcelo Sacramone, Marcelo Guedes Nunes e Fernando Corrêa apontam que o tempo médio até a deliberação definitiva sobre o plano de recuperação judicial é, nas varas especializadas, de, em média, 407 dias, ao passo que nas demais varas a média é de 576 dias²⁵⁸. A doutrina saúda a criação de varas especializadas, mais um elemento apto a aumentar a coerência do sistema recuperacional²⁵⁹.

²⁵³ LOPUCKI, Lynn M; DOHERTY, Joseph W. Bankruptcy Survival. *UCLA Law Review*, v. 62, p. 970-1015, 2015.

²⁵⁴ “DENY is a variable indicating that the debtor filed in Delaware or the Manhattan Division of the Southern District of New York. Those two courts are the principal destinations for forum shopping by large, public companies.” LOPUCKI, Lynn M; DOHERTY, Joseph W. Bankruptcy Survival. *UCLA Law Review*, v. 62, p. 970-1015, 2015.

²⁵⁵ É fato notório no universo judicial norte-americano, ainda, a qualidade do Judiciário de Delaware para dirimir conflitos societários, havendo uma predominância, entre as grandes companhias americanas, no sentido de ter seu ato de incorporação registrado em Delaware. HAMILTON, Robert W; MACEY, Jonathan R.; MOLL, Douglas K. **The Law of Business Organizations: cases, materials and problems**. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2014. p. 157.

²⁵⁶ Diferentemente do Brasil, em que o local de ajuizamento do pedido de recuperação judicial tem de seguir o critério do “principal estabelecimento”, aferido pelo volume de transações econômicas ou pelo local do centro de administração dos negócios (AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 90-91), no ordenamento norte-americano o devedor pode escolher entre o local de sua incorporação ou o local de seu principal local de negócios. “The law gives large or sophisticated parties real say in selecting venue. [...] But for a big business, the alternatives listed in the statute provide the possibility of shopping for the court that the debtor finds most congenial. A debtor may file in its “domicile, residence or principal place of business.” For many large companies with operations spread across several states and incorporation papers filed in some distant location, the possibilities are multiple: the place where the debtor is incorporated, and the place or places where the debtor has substantial assets and operations.” WARREN, Elizabeth et al. **The law of debtors and creditors: text, cases, and problems**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 875-876.

²⁵⁷ São Paulo/SP contou com a implementação das 1ª e 2ª Varas Especializadas de Recuperação Judicial e Falência. LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa; BALDINOTI, Bruno. Terceira onda renovatória e a instituição de varas especializadas em recuperação judicial e (auto)falência. **Revista de Direito Recuperacional Empresa**, v. 8, abr./jun. 2018.

²⁵⁸ WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. Judicial Restructuring in the Courts of São Paulo – Second Phase of Insolvency Monitor. *SSRN*, abr. 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3378503>. Acesso em: 01 de jun. 2019.

²⁵⁹ “A criação de varas e câmaras especializadas em falências e recuperação de empresas aumenta a coerência das decisões, conta com interpretações mais especializadas, acelera o andamento dos processos e diminui o risco legal, por atender melhor às necessidades inerentes a processos dessa ordem, colaborando para o aumento da eficiência e da segurança do financiamento às empresas em crise.” DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 311-312.

À luz do papel do Juízo no âmbito da recuperação judicial, o professor Eduardo Munhoz vislumbra no art. 47²⁶⁰ da Lei 11.101/2005 um meio pelo qual a *mootness doctrine* poderia vir a ser recepcionada pelo Direito pátrio:

Diante desse dilema, é possível concluir que a única interpretação da LRF compatível com o princípio da preservação da empresa é a de que atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial, autorizados por decisão judicial, já não podem ser revertidos ou anulados no futuro no âmbito de eventual recurso. Vale dizer, é preciso reconhecer que, a partir de um dado momento, e este será o da implementação válida dos atos e negócios jurídicos, já não é possível voltar ao estado anterior, ou decidir por sua anulação, em virtude do julgamento de recursos eventualmente interpostos. Essa solução constitui condição necessária para observar o art. 47 da LRF, que positivou o princípio da recuperação da empresa, pilar central do sistema falimentar brasileiro²⁶¹.

O professor Munhoz ainda destaca a redação do art. 61, §2º²⁶², da LREF, a qual ressalva “os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial” quando da hipótese de decretação de falência de sociedade que descumpra o Plano de Recuperação Judicial no biênio de sua homologação. À luz dessa previsão, o professor aponta que “é possível afirmar que os princípios da inspiradores da *mootness doctrine* não são desconhecidos do sistema brasileiro²⁶³”. Munhoz ainda destaca que por meio de interpretação ampla ou recurso à integração analógica seria possível reconhecer a irreversibilidade de certos atos, afetando eventuais recursos, notadamente os atos aprovados judicialmente nos termos do art. 66 (autorização judicial para oneração ou alienação do ativo permanente ao longo da recuperação judicial) e do art. 58 da LREF (concessão da recuperação judicial)²⁶⁴.

²⁶⁰ LREF. 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.

²⁶¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Mootness doctrine e o Direito Brasileiro. Preservação dos Atos Validamente Implementados no Âmbito da Recuperação Judicial*. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 120.

²⁶² LREF. Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial. [...]§ 2º Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial.

²⁶³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Mootness doctrine e o Direito Brasileiro. Preservação dos Atos Validamente Implementados no Âmbito da Recuperação Judicial*. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 121.

²⁶⁴ “Assim, negócios jurídicos realizados validamente no âmbito da recuperação judicial, ou seja, aprovados judicialmente nos termos do art. 66 (autorização para alienação ou oneração de bens do ativo permanente no curso do processo) ou do art. 58 da LRE (concessão da recuperação, em vista da aprovação do plano), uma vez implementados e consumados substancialmente, já não podem ser revertidos em virtude da eventual reforma da decisão respectiva por meio de recurso, salvo se a reversão puder ser realizada sem causar dano às partes na

Embora a doutrina nacional não faça menção à teoria do fato consumado aplicado ao Direito de Insolvência, o instituto parece bem se amoldar aos benefícios expostos pela adoção da *equitable mootness* em solo pátrio. Isso porque a teoria do fato consumado também pode ser invocada como razão de decidir contra recursos interpostos contra a decisão que homologa o plano de recuperação judicial (como exposto nos pontos 3.3.1. e 3.3.5., acima), garantindo, na prática, sejam resguardados valores comuns à *equitable mootness*. Possivelmente a popularização, no Brasil, da *equitable mootness* e a popularização da teoria do fato consumado teriam um efeito de *feedback* positivo: quanto mais conhecido um, mais fácil de aplicar o outro, tendo em vista o espaço comum de proteção que oferecem (proteção de legítimas expectativas, proteção dos interesses de terceiros e, conseqüentemente, proteção da manutenção da atividade empresária).

À luz do exposto, nota-se que a *equitable mootness* é encarada como mais uma técnica por meio da qual o Poder Judiciário pode atribuir maior segurança às suas decisões. O juiz, no âmbito de um processo concursal, assume papel de destaque, tornando-se responsável por coordenar uma série de interesses conflitantes. A certeza e a estabilidade do processo, porém, parecem beneficiar a todos os envolvidos, dando as boas-vindas à popularização da teoria do fato consumado em âmbito concursal.

3.5.2 O financiamento DIP

A doutrina pátria abordando o tema da *mootness doctrine* logo vislumbra espaço para sua aplicação em relação ao financiamento “DIP”. Se, de um lado, o novo financiamento do devedor parece um elemento central de sua reestruturação, por outro, o cenário de incerteza judicial infelizmente acaba afastando credores interessados no aporte de capital a sociedades em soerguimento.

A sigla “DIP” faz alusão ao termo “*debtor-in-possession*”, uma das bases do sistema recuperacional norte-americano²⁶⁵, replicada na experiência pátria²⁶⁶. O financiamento DIP,

operação e/ ou a terceiros. Também pode ser anulada ou revertida a operação se eivada de fraude ou má-fé.” MUNHOZ, Eduardo Secchi. Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emmanuelle Urbano (Coords.). **Dez anos da Lei nº 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015. p. 287.

²⁶⁵ “Control of the debtor’s assets and affairs lies at the heart of all bankruptcy law. [...] In chapter 11, much of the control is given to the debtor in possession (“DIP” to everyone in the trade). [...] Above all, the DIP has the power to act for the estate in negotiation a plan of reorganization. The court has the ultimate control, but a good deal of power resides in the DIP, the debtor’s corporate management.” WARREN, Elizabeth et al. **The law of debtors and creditors**: text, cases, and problems. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 366.

²⁶⁶ “Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor e seus administradores, regra geral, serão mantidos na condução da atividade empresarial (sendo que, em se tratando de sociedade, os órgãos sociais continuam

portanto, é o financiamento, o aporte de novo dinheiro, à sociedade em processo de reestruturação. Não é rara a afirmação de que o soerguimento de uma sociedade em recuperação judicial depende da obtenção de novo financiamento^{267, 268}.

O professor Eduardo Secchi Munhoz, em seu artigo “Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial”, elenca fatores relevantes para viabilizar o ingresso de novos recursos, via concessão de financiamento, à sociedade em reestruturação: “(i) a não-sucessão em dívidas, (ii) a proteção contra invalidade ou ineficácia do negócio e (iii) o oferecimento de bens em garantia de financiamento”²⁶⁹. O professor Munhoz aponta que todos esses fatores dependem de decisão judicial, razão que conforma a problemática que poderá ser superada pela adoção da *mootness doctrine*:

A possibilidade de reforma da decisão judicial que autorizou o negócio jurídico poderia levar não apenas à anulação ou reversão dos negócios respectivos, como ainda modificar a regra de não-sucessão ou a proteção contra invalidade ou ineficácia em face de dívidas preexistentes.

[...]

O tempo do processo judicial, até o trânsito em julgado da decisão, que pode levar anos, não é o tempo da economia, do mundo dos negócios. Para a recuperação da empresa é crucial que o financiamento ou o investimento possam ser realizados no curto prazo, no período de semanas, ou de meses, e não de anos²⁷⁰.

Tendo em vista esse descompasso entre o tempo do Poder Judiciário e o tempo dos negócios, bem como a grande responsabilidade que recai sobre o Judiciário nos casos de reestruturação, os professores Eduardo Munhoz e Pablo dos Santos entendem aplicável a

funcionando normalmente de acordo com a legislação societária, não tendo os sócios seus direitos suspensos). É o que a doutrina norte-americana chama de *debtor-in-possession*, um benefício que estimula a recuperação, na medida em que o titular da empresa não precisa ter o receio (*ex ante*), de perder o controle gerencial para se valer do regime recuperatório (além de garantir a elaboração de um plano por quem está ciente das questões relevantes do negócio).” SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2018. p. 401-402.

²⁶⁷ “O sucesso da grande maioria dos planos pressupõe a existência de um novo financiamento – DIP finance – em que o investidor, consciente dos riscos da operação, exige do devedor uma garantia específica cujo enforcement futuro dar-se-á pelo Poder Judiciário.” DOS SANTOS, Paulo Francisco. Equitable mootness no direito recuperacional brasileiro: considerações sob a ótica do direito e desenvolvimento. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, vol. 77, p. 143-162, jul./set. 2017.

²⁶⁸ “For those businesses already suffocating from an inadequate cash flow, an increase in operating capital is essential for survival. Although the Code can do a great deal for debtors in trouble, it cannot magically produce cash, and so typically the debtor must find a lender who is willing to make new infusions in order for the business to survive.” WARREN, Elizabeth et al. **The law of debtors and creditors: text, cases, and problems**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 435.

²⁶⁹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emmanuelle Urbano (Coords.). **Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 285.

²⁷⁰ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emmanuelle Urbano (Coords.). **Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 285-286.

mootness doctrine. Para os autores, o instituto já encontra respaldo no ordenamento pátrio: seja pela aplicação do princípio da preservação da empresa²⁷¹, insculpido no art. 47 da LREF, seja pela interpretação extensiva ou integração analógica a partir do art. 61, §2º, da LREF²⁷².

De fato, a comparação do sistema de financiamento norte-americano com o brasileiro já recebeu atenção da doutrina nacional. A doutrina destaca que o sistema brasileiro, em tese, não conta com previsões legais fundamentando a irreversibilidade de financiamento concedido (*statutory mootness*)²⁷³, bem como não prevê a autorização do oferecimento de bens já onerados como garantia do novo financiamento²⁷⁴. Nesse sentido, também outros autores defendem a aplicação da *mootness doctrine* no ordenamento pátrio, mas, diferentemente dos professores Eduardo Secchi Munhoz e Pablo Francisco dos Santos, os demais autores não vislumbram os pressupostos de sua imediata aplicação no atual ordenamento pátrio, de modo que a

²⁷¹ “A doutrina mostra-se perfeitamente alinhada ao princípio da preservação da empresa. De fato, o risco de alteração substancial do plano que já se encontra substancialmente implantado revela-se demasiadamente inconveniente, posto que põe em risco a própria sobrevivência da empresa. Imagine-se a situação daquele investidor que, acreditando no sucesso do plano de recuperação apresentado, aporta capital para alavancar a atividade – financiamento DIP – exigindo, para tanto, que um dos bens integrantes do patrimônio da sociedade garanta o seu crédito. Se, no futuro, eventual recurso interposto contra o plano invalidar a garantia após a entrega do numerário à recuperanda, o resultado para o credor será absolutamente iníquo, já que este verá aumentado substancialmente seu risco e estará impedido de, dentro da racionalidade, redecidir acerca de uma adequada alocação de seus recursos.” DOS SANTOS, Paulo Francisco. *Equitable mootness no direito recuperacional brasileiro: considerações sob a ótica do direito e desenvolvimento*. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, vol. 77, p. 143-162, jul./set. 2017.

²⁷² “Assim, o §2º do art. 61, da LRE, seja por interpretação extensiva, seja por integração analógica, deve ser aplicado para reconhecer que, após a consumação substancial do plano de recuperação, devidamente autorizado pelo juiz, os atos relacionados com sua implementação, na medida em que afetem devedor, credor e terceiros, já não podem ser revertidos ou anulados por meio do julgamento de recurso processual, salvo se houver fraude, ou se sua reversão for possível sem causar danos irreparáveis às partes do processo ou a terceiros. MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial*. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emmanuelle Urbano (Coords.). **Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 289.

²⁷³ Um dos pilares do sucesso dos empréstimos DIP no âmbito do processo nos Estados Unidos é o art. 364 (e) do Código de Falências, que torna quase todos os recursos contra ordens DIP “prejudicados” na ausência de uma suspensão ou circunstâncias extremas [...]. Esta prática permite que os devedores obtenham rapidamente ordens finais nas quais um credor DIP pode confiar disponibilizando capital novo sem o risco de reversão ou de atrasos por recursos intermináveis. Em contraste, o processo do Brasil, suscetível a barreiras de recursos sem fim, é normalmente lento e incerto. KEBRDLE, Richard S.; RICARDO, M. Pasianotto. *Os desafios do “Financiamento DIP” em casos de reestruturação brasileiros*. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, vol. 1, jul./set. 2016.

²⁷⁴ “Finalmente, a teor da § 364(d), o juiz pode autorizar que o financiamento seja garantido por ativos já onerados, atribuindo-lhe grau hierárquico igual ou até mesmo superior ao do crédito preexistente, situação esta denominada pela doutrina *priming lien*. As condições para concessão desse privilégio são a impossibilidade de o devedor obter crédito de outra forma e que o credor preexistente seus interesses adequadamente protegidos.” DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 140-141.

irreversibilidade de medidas referentes à concessão de financiamento DIP deveria ser objeto de *lege ferenda*^{275, 276}.

A teoria do fato consumado em meio a esse cenário pode vir a não ser tão necessária, caso os Tribunais pátrios sigam a linha de que a irreversibilidade dos aportes financeiros já é prevista na própria legislação pátria, como defende Eduardo Secchi Munhoz (hipótese em que o Judiciário apenas reconheceria uma *statutory mootness*). No entanto, no atual cenário de incertezas enfrentado por investidores, possível especular-se um cenário em que a teoria do fato consumado seria empregada para garantir a irreversibilidade de aportes de capital ao devedor (inclusive porque muitas vezes o financiamento é feito nos termos do próprio plano de recuperação judicial aprovado), quiçá trazendo maior segurança também a esse aspecto do processo de recuperação judicial. A expansão do debate acerca da *mootness doctrine* parece convergir com a ampliação do emprego da teoria do fato consumado a casos envolvendo Direito Recuperacional.

Pelo exposto, tem-se que um instituto que recebe destaque quando abordado o tema da *mootness doctrine* é sua repercussão no financiamento do devedor em reestruturação. O financiamento DIP no âmbito norte-americano conta com uma estruturação mais desenvolvida que a pátria, o que inclui previsões legais assentando a irreversibilidade do financiamento, medida ainda ausente, ao menos de modo expresso, no ordenamento pátrio. O aporte de novos recursos ao devedor é essencial ao seu soerguimento, razão pela qual o alinhamento dos tribunais pátrios com a *mootness doctrine* parece ser medida que aumentaria a confiança de investidores em participar nessa modalidade de financiamento.

²⁷⁵ “A eliminação dos riscos criados pelo processo de apelação seria sem dúvida um incentivo ao aumento de empréstimos DIP no Brasil. Uma forma de atingir este objetivo seria a promulgação de uma provisão legal similar ao art. 364(e) dentro da Lei de Falências Brasileira, a qual eliminaria a possibilidade de uma ordem DIP ser revertida em quase todos ou na maioria dos recursos.” KEBRDLE, Richard S.; RICARDO, M. Pasianotto. Os desafios do “Financiamento DIP” em casos de reestruturação brasileiros. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, vol. 1, jul./set. 2016.

²⁷⁶ “Inspirada na legislação estrangeira, a doutrina nacional já reconhece que, em certas circunstâncias, as alterações da LRF deveriam considerar certos atos – a nosso ver, indubitavelmente, a alienação de ativos para terceiros de boa-fé no âmbito de uma recuperação judicial – após o cumprimento de certos requisitos objetivamente definidos em lei, irreversíveis e irrevogáveis.” AMADO, Renata Martins de Oliveira; MAGGIO, Renato Gomes Ribeiro. Necessárias mudanças para alienação de ativos por empresas em recuperação judicial. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, v. 6, out./dez. 2017.

4 CONCLUSÃO

Foi referido ao longo deste trabalho que o sistema recuperacional brasileiro não é obra exclusiva de juristas pátrios, mas sim que este deriva diversas de suas provisões e princípios do ordenamento norte-americano. O *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* foi o primeiro sistema de reestruturação a obter amplo êxito, tendo influenciado jurisdições diversas ao longo do globo.

O sucesso do *Chapter 11*, no entanto, não pode ser atribuído tão somente às suas disposições estatutárias. Como é inerente ao sistema de *Common Law*, os tribunais norte-americanos, marcados por seu pragmatismo, também cumprem importando papel presidindo os casos de reestruturação.

Em meio a esse cenário desenvolveu-se a *equitable mootness*, instituto que, ao dispensar o julgamento de apelações contra a decisão que homologa o plano de reorganização, prima pelo caráter final das decisões proferidas pela *Bankruptcy Court*, além de tutelar valores caros ao sistema de reestruturação, como segurança, estabilidade, celeridade. Apesar do papel importante que o instituto norte-americano ocupa nos Estados Unidos da América, o debate sobre o tema, em solo pátrio, ainda se encontra em estágio inicial.

Se, de um lado, há em solo pátrio artigos acadêmicos apresentando a *equitable mootness*, não se tem notícia, por outro lado, de comentários acerca da teoria do fato consumado aplicada à seara do Direito Recuperacional. Curiosamente, há situações em que o Poder Judiciário brasileiro, ao fazer uso da teoria do fato consumado, acaba aproximando-a, guardando as devidas particularidades, da *equitable mootness*.

A teoria do fato consumado está presente no Poder Judiciário brasileiro desde aproximadamente a metade do século passado. No entanto, sua aplicação, como amplamente noticiado pela doutrina sobre o tema, acaba envolvendo temas pouco caros ao sistema recuperacional pátrio – a teoria era empregada para decidir lides envolvendo, principalmente, questões envolvendo educação e cargos públicos. Mais recentemente, porém, nota-se um inicial movimento por parte do Poder Judiciário no sentido de empregar a teoria também em relação aos processos recuperacionais brasileiros.

Essa transposição da teoria do fato consumado à seara recuperacional demonstra a flexibilidade do instituto, o qual indica assumir formato próprio nos processos concursais (ainda que a doutrina não tenha se depreendido sobre esse tema específico). A um, destaca-se que a teoria do fato consumado não é aplicada a partir de uma situação que se estabilizou a partir de uma decisão com cognição sumária, como sói ser o caso nas demais esferas jurídicas. O que ocorre nos processos concursais é que estes têm verdadeiras etapas que devem ser percorridas

– a consolidação de uma situação fática tem como objeto uma decisão em cognição exauriente, a qual, no entanto, está incrustada em um *processo*. O aspecto indesejável de reverter uma decisão proferida em uma determinada etapa decorre do fato de que, possivelmente, a reversão de uma etapa irradiaria impactos que poderiam colocar em risco a solidez do processo como um todo.

Exemplificamente, destaca-se que o Poder Judiciário já se deparou com situação em que teve de decidir acerca da possibilidade de sociedade de enfermagem permanecer em regime de recuperação judicial (Caso Stillu's, ponto 3.3.2., acima). A decisão que defere o processamento da recuperação judicial é a primeira manifestação do juízo concursal, dando início ao procedimento. No caso concreto, o Tribunal de Justiça de São Paulo estava decidindo, 4 (quatro) anos mais tarde, se foi acertada a decisão do juízo concursal de permitir que uma sociedade simples ingressasse em recuperação judicial. É uma situação em que fica evidente que a reversão de uma das decisões proferidas no processo concursal faria desmoronar o processo como um todo.

Há hipóteses de aplicação da teoria do fato consumado, ademais, em que o instituto pátrio assume contornos que muito se assemelham àqueles da *equitable mootness*, embora não se possa falar em uma exata sobreposição. Esse é o caso, por exemplo, de dois julgados analisados no corpo deste estudo: caso Grão Dourado (3.3.1., acima) e caso Ecovix (3.3.5., acima). No caso Grão Dourado, o Superior Tribunal de Justiça levou em conta o fato de o plano de recuperação judicial ter sido substancialmente consumado para evitar que uma instituição financeira obtivesse êxito em desconstituí-lo; no caso Ecovix, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também resguardou alguns dos ataques ao plano de reestruturação em razão do tempo transcorrido desde sua aprovação pelos credores, com o conseqüente início de seu cumprimento.

Em ambos os julgados, no entanto, resta evidente que a teoria do fato consumado não tem (ou ainda não teve) uma exata sobreposição com a *equitable mootness*. Embora o tempo transcorrido e o interesse em resguardar interesses de terceiros tenham sido fatores trazidos à tona, em ambos os casos os tribunais inicialmente enfrentaram, completamente, o mérito do recurso interposto pelos credores irredimidos – a teoria do fato consumado assumiu um papel ainda acessório nas razões de decidir. A *equitable mootness*, por outro lado, tem um efeito um tanto mais marcante: se aplicada, o tribunal se vê escusado da necessidade de enfrentar qualquer parcela do mérito recursal, dispensando o recurso como um todo. Não se pode negar, no entanto, que há um campo comum de valores que são resguardados por ambos os institutos – seja no ordenamento jurídico norte-americano, seja no brasileiro, seria difícil cogitar da possibilidade

de um único credor, agindo isoladamente, reverter, anos mais tarde, a decisão que homologou plano de reorganização a cujo cumprimento se deu início.

A doutrina nacional a respeito da *equitable mootness* vislumbra benefícios à sua importação ao ordenamento jurídico brasileiro. Para os autores, o instituto norte-americano seria mais uma das maneiras pela qual a prática recuperacional brasileira poderia ganhar mais estabilidade e certeza, características tão caras a um sistema que visa a possibilitar a reestruturação de um devedor, processo que acaba tocando centenas ou milhares de outros interessados (credores, consumidores, fornecedores, empregados, autoridades tributárias). Essa maior estabilidade dos processos também guarda íntima pertinência com a viabilização do financiamento DIP em solo pátrio, cujo atual molde ainda não inspira nos investidores a confiança necessária ao aporte de recursos ao devedor.

Especulou-se que a teoria do fato consumado possivelmente poderia abarcar os benefícios vislumbrados pela doutrina nacional com a importação da *equitable mootness*, pois o instituto utilizado pelo Judiciário brasileiro conta com grande flexibilidade e, na seara recuperacional, pode acabar resguardando valores comuns àqueles que o são pela *equitable mootness* nos Estados Unidos da América. Nesse sentido, parece haver um certo *feedback* positivo entre o instituto estrangeiro e o nacional: a popularização de um facilita a implementação do outro.

O presente trabalho, por vezes, limitou-se a tecer observações ainda iniciais sobre alguns dos fenômenos que envolvem a teoria do fato consumado e a relação da *equitable mootness* com o ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque o trabalho, antes de visar a algum objetivo disruptivo, tem por escopo contribuir com um debate cujo próprio estado ainda é inicial. Em relação a alguns pontos aqui tratados, percebe-se que a doutrina ainda não se debruçou de maneira detida, como toda a relação da teoria do fato consumado com a seara do Direito Recuperacional, ou mesmo a eventual inter-relação entre a teoria do fato consumado e a *equitable mootness*.

Espera-se, a título de conclusão, seja o debate objeto de novos trabalhos acadêmicos ou mesmo de novas decisões judiciais. A popularização da *equitable mootness* e da teoria do fato consumado aplicada à seara recuperacional parece ser um bom indicativo de pontos em relação aos quais o ordenamento jurídico pátrio ainda tem de prover uma resposta, pontos em relação aos quais ainda cabe o aperfeiçoamento da tão importante sistemática concursal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fato consumado, direito material e direito processual civil. **Revista de Processo**, v. 264/2017, p. 249-278, fev., 2017.

AMADO, Renata Martins de Oliveira; MAGGIO, Renato Gomes Ribeiro. Necessárias mudanças para alienação de ativos por empresas em recuperação judicial. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, v. 6/2017, out.-dez., 2017.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. The end of bankruptcy. **Stanford Law Review**, v. 55, n. 3, p. 751-789, dez., 2002.

BALDINOTI, Bruno. Terceira onda renovatória e a instituição de varas especializadas em recuperação judicial e (auto)falência. **Revista de Direito Recuperacional Empresa**, v. 8/2018, abr.-jun., 2018.

BENSAL, Bruno Marques. Recuperação Judicial e a eficiência da aplicação do princípio da preservação da empresa no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Empresarial**, v. 10/2015, p. 229-242, jul.-ago., 2015.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo**. 13. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

BREGALDA, Roque. Fato consumado: pressupostos. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 19, p. 31-43, 1998.

CAVALCANTI, Arthur Miranda. Direito falimentar legislado no Brasil e no Direito Comparado: um estudo da superação da crise empresarial segundo normas legisladas. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, v. 11/2019, jan.-mar., 2019.

CHMIELARSKI, Mark Joseph John. The Mootness Doctrine in Bankruptcy. **Bankr. Dev. J.**, v. 7, p. 313-327, 1990.

COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015, v. 1.

DANTAS, Renata Marques Lima. Princípio da preservação da função social da empresa no contexto da Lei de Falências e Recuperação de Empresas. **Revista dos Tribunais Nordeste**, vol. 2/2013, p. 71-98, nov.-dez., 2013.

DE LUCCA, Newton. Comentários aos artigos 1º ao 6º. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências** – São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. – 19. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

DOS SANTOS, Pablo Francisco. Equitable Mootness no Direito Recuperacional Brasileiro: considerações sob a ótica do Direito e Desenvolvimento. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**, vol. 77/2017, p. 143-162, jul.-set., 2017.

EPSTEIN, David G. **Bankruptcy and other debtor-creditor laws in a nutshell**. 5th ed. St. Paul: West Publishing, 1995.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FRANCO, Vera Helena de Mello. O modelo falimentar norte-americano – particularidades. Relevo aos Capítulos 7, 11, 12, 13 e 15 do Bankruptcy Code. **Revista de Direito Empresarial**, vol. 7/2015, p. 149-171, jan.-fev., 2015.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE K. Mary; MILLER, Arthur R. **Civil procedure**. 4th ed. St. Paul, MN: Thomson, 2005.

GURREA-MARTÍNEZ, Aurelio. The Avoidance of Pre-Bankruptcy Transactions: An Economic and Comparative Approach. **Chicago-Kent Law Review**, v. 93, n. 3, p. 711-750, set., 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2845101>. Acesso em: 01 jun. de 2019.

HONG, Stephanie Sung A.; KRELING, Miguel Augustin. Particularidades em procedimentos de recuperação de empresa no Direito Comparado. **Revista de Direito Empresarial**, v. 16/2016, p. 75-128, jul.-ago., 2016.

JACOBY, Melissa B., Corporate Bankruptcy Hybridity. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 166, set., 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3234731>. Acesso em: 05 mai. 2019.

JACKSON, Thomas H. **The logic and limits of bankruptcy law**. Washington D.C.: Beard Books, 2001.

JUMBECK, R. Jake. Complexity as the Gatekeeper to Equitable Mootness. **Emory Bankr. Dev. J.**, v. 33, p. 171-217, 2016.

KANE, Mary Kay. **Civil procedure in a nutshell** – 3rd. ed. St. Paul: West Publishing, 1991.

KEBRDLE, Richard S.; RICARDO, M. Pasianotto. Os desafios do “Financiamento DIP” em casos de reestruturação brasileiros. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, vol. 1/2016, jul-set, 2016.

KNIGHT, Katelyn. Equitable Mootness in Bankruptcy Appeals. **Santa Clara Law Review**, v. 49, p. 253-284, 2009.

KOBZEFF, Lukian J. Recession Economics: Injecting Equitable Mootness into the Calculus. **Holy Cross Journal of Law and Public Policy**, v. 17, p. 218-267, 2013.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa; BALDINOTI, Bruno. Terceira onda renovatória e a instituição de varas especializadas em recuperação judicial e (auto)falência. **Revista de Direito Recuperacional Empresa**, v. 8/2018, abr.-jun., 2018.

LOBO, Jorge. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPUCKI, Lynn M; DOHERTY, Joseph W. Bankruptcy Survival. **UCLA Law Review**, v. 62, p. 970-1015, 2015.

LUCCAS, Fernando Pompeu. Aspectos gerais e princípios. In: COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015, v. 2.

MANGERONA, Filipe Marques. Encerramento da Recuperação Judicial – Descumprimento do Plano – Responsabilidades. In: COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015, v. 2.

MARTORELL, Maria Virginia. Economic Analysis of Equitable Mootness in Bankruptcy Cases and Effect of Current Shift Toward More Appellate Review of Plan Confirmation Orders. **SSRN**, mai., 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1832027>. Acesso em: 09 abr. 2019.

MENEZES, Isabella Simão. Aquisição do controle de companhias abertas: estudo sobre a oferta pública de aquisição de ações. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 76/2017, p. 97-121, abr.-jun., 2017.

MILLER, Robert. Equitable mootness: ignorance is bliss and unconstitutional. **SSRN**, set., 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3036219>. Acesso em: 04 mai. 2019.

MITIDIERO, Daniel; FARO, Alexandre; DEORIO, Karina; LEITE, Cristiano. Consolidação substancial e convenções processuais na recuperação judicial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 78/2017, p. 219-228, out-dez, 2017.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emmanuelle Urbano (Coords.). **Dez anos da Lei nº 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Mootness doctrine e o Direito Brasileiro. Preservação dos Atos Validamente Implementados no Âmbito da Recuperação Judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências**: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil – São Paulo: Quartier Latin, 2015.

NASCIMENTO, Leandro Maciel do. Notas sobre o fato consumado como fundamento jurídico para a estabilização de expectativas. **Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais (Unibrasil)**, Curitiba-PR, v. 27, n. 1., p. 88-109, jan.-jun., 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único. 9. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

NOGUEIRA, Danielle; CAVALCANTI, Glauce. **Saiba quais são as 20 maiores recuperações judiciais do país**. O Globo, 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/saiba-quais-sao-as-20-maiores-recuperacoes-judiciais-no-pais-21661997>. Acesso em: 02 mai. 2019.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado: estabilização da estabilização? **Revista de Processo**, v. 242/2015, p. 225-250, abr., 2015.

PECHOUS, Matthew D. Walking the Tight Rope and Not the Plank: A Proposed Standard for Second-Level Appellate Review of Equitable Mootness Determinations. **Emory Bankruptcy Developments Journal**, v. 28, p. 547-592, 2012.

PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL MODIFICADO E CONSOLIDADO Nº 002. **Grão Dourado**, 2019. Disponível em: http://www.graodourado.com.br/renan/siteExemplo/rj/plano_de_recuperacao.pdf. Acesso em: 02 mai. 2019.

RIBEIRO NETO, José Nazareno. Concessão da Recuperação Judicial. In: COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015, v. 2.

ROMA, Bruno Marques Bensal. Par conditio creditorum, cram down e o princípio da preservação da empresa: a recuperação judicial às avessas no direito brasileiro. **Revista de Direito Empresarial**, vol. 11/2015, p. 381-403, set.-out., 2015.

ROSIEK, Caroline L. Making Equitable Mootness Equal: The Need for a Uniform Approach to Appeals in the Context of Bankruptcy Reorganization Plans. **Syracuse Law Review**, v. 57, p. 685-707, 2006.

SANTOS, Bruno Henrique Silva. A segurança jurídica como vetor constitucional para a interpretação das leis: teoria do fato consumado. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 56, out., 2013. Edição especial 25 anos da Constituição de 1988. (Grandes temas do Brasil contemporâneo). Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Bruno_Santos.html. Acesso em: 16 jun. 2019.

SATIRO, Francisco; CEREZETTI, Sheila Neder. A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial: Resultados de pesquisa empírica sobre recuperação judicial de grupos empresariais. **Revista do Advogado – AASP**, n. 131, p. 216-223, out., 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/311677436_A_silenciosa_consolidacao_da_consolidacao_substancial_Resultados_de_pesquisa_empirica_sobre_recuperacao_judicial_de_grupos_empresariais/citations. Acesso em: 24 mai. 2019.

SCALZILLI, João Pedro. **Mercado de Capitais, Ofertas Hostis e Técnicas de Defesa**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005.** – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Almedina, 2018.

SEEL, Gregory Brian. An Overview of Leveraged Buy-Out Transactions. **SSRN**, fev., 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1532261>. Acesso em: 08 jun. 2019.

SHOKROLLAHZADEH, Chad. Equitable Mootness and Its Discontents: The Life of the Equitable Mootness Doctrine in the Third Circuit after in Re One2One Communications LLC and in Re Tribune Media Co. **Duq. Bus. LJ**, v. 18, p. 129-160, 2016.

SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. **Recuperação extrajudicial de empresas.** São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Justices.** 2019. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/about/justices.aspx>. Acesso em: 25 mai. 2019.

SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TABB, Charles Jordan. The history of the bankruptcy laws in the United States. **Am. Bankr. Inst. L. Rev.**, v. 3, p. 5-51, 1995.

TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa.** São Paulo: Almedina, 2018.

TESSLER, Marga Inge Barth. O fato consumado e a demora na prestação jurisprudencial. **Revista CEJ**, n. 27. p. 95-101, out.-dez. 2004.

TONUSSI, Érico Lopes. Oferta Pública de Aquisição de Controle – Casos Práticos e o Desenvolvimento da Regulamentação Aplicável. **Revista de Direito Empresarial**, v. 8/2015, p. 69-88, mar./abr. 2015.

WAHOFF, William J. The Adequate Protection of Secured Creditors in Termination of Stay Litigation Under the Bankruptcy Code. **Ohio State Law Journal**, v. 43/715, 1982. Disponível em: https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/65210/OSLJ_V43N3_0715.pdf. Acesso em: 25 mai. de 2019.

WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. **Judicial Restructuring in the Courts of São Paulo – Second Phase of Insolvency Monitor.** **SSRN**, abr., 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3378503>. Acesso em: 01 de junho de 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16).** – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WARREN, Elizabeth et al. **The law of debtors and creditors: text, cases, and problems.** New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

WARREN, Elizabeth. Bankruptcy policymaking in an imperfect world. **Michigan Law Review**, v. 92, n. 2, p. 336-387, 1993.

WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay Lawrence. The success of Chapter 11: a challenge to the critics. **Mich. L. Rev.**, v. 107, p. 603-642, 2008.

ZYWICKI, Todd J. The Past, Present, and Future of Bankruptcy Law in America. **SSRN**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=327223>. Acesso em: 05 mai. 2019.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADAS

BRASIL. 1ª Vara Cível do Foro de Santo André/SP. **Processo 0015617-12.2008.8.26.0554**. Requerente: Stillu's Prestação de Serviços de Enfermagem Sc Ltda. Disponibilizado em: 30.mar. 2012.

BRASIL. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo/SP. **Processo 1030812-77.2015.8.26.0100**. Requerente: OAS S/A e Outros.

BRASIL. 2ª Vara Cível da Comarca de Rio Grande/RS. **Processo 0021114-08.2016.8.21.0023**. Requerente: Ecovix Construções Oceânicas S.A. e Outros.

BRASIL. 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial de Curitiba/PR. **Processo 0000836-50.2014.8.16.0037**. Requerente: Brandl do Brasil Ltda.

BRASIL. 3ª Vara Cível da Comarca de Jundiaí/SP. **Processo 0039687-52.2008.8.26.0309**. Requerente: IFC International Food Company Indústria de Alimentos S.A.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial 1.537.213/GO**. Agravante: Banco do Brasil S.A. Agravado: Grão Dourado Indústria e Comércio Ltda. – Em Recuperação Judicial e Outros. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 26 mar.2019. Disponibilizado em: 02 abr.2019.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 25 jun. 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 25 jun. 2019.

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso 25 jun. 2019.

BRASIL. Lei de Recuperação e Falências. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em 25 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.004.910/RJ**. Recorrente: Casa de Portugal Em Recuperação Judicial. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Julgado em: 18 mar.2008. Disponibilizado: 04.ago. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.223.220/RJ**. Recorrente: Dinei de Souza Bizzo. Recorrido: União. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponibilizado em: 21 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.244.991/MG**. Recorrente: Universidade Federal de Uberlândia. Recorrido: Lumas Lima Lopes. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em: 22 nov.2011. Disponibilizado em: 01 dez. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.263.232/SE**. Recorrente: Estado de Sergipe. Recorrido: Danilo Almeida de Carvalho. Relator: Min. Humberto Martins. Disponibilizado em: 10 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.683.432/SP**. Recorrente: Banco IBM S/A e Outro. Recorrido: OAS S/A – Em Recuperação Judicial. Relatora: Min. Laurita Vaz. Disponibilizado em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.761.984/RS**. Recorrente: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Recorrido: Julia Miglioretto. Relatora: Min. Regina Helena Costa. Disponibilizado em: 18 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.786.524/SE**. Recorrente: Itaú Unibanco S.A. Recorrido: Regia Comércio de Informática Ltda. “em Recuperação Judicial”. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 25.set.2018. Disponibilizado em: 01.out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 833.692/AM**. Recorrente: Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Recorrido: Eymar Rodrigues da Encarnação. Relator: Min. Luiz Fux. Disponibilizado em: 24 set. 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. **Agravo de Instrumento 430680-52.2015.8.09.0000**. Agravante: Grão Dourado Indústria e Comércio – Em Recuperação Judicial e Outros. Relatora: Desa. Amélia Martins de Araújo. Julgado em: 08 mar.2016. Publicado em: 06 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 0087069-56.2012.8.26.0000**. Agravante: Unibanco – União de Bancos Brasileiros. Agravado: Stillu’s Prestação de Serviços de Enfermagem Sc Ltda. Relator: Des. Enio Zuliani. Julgado em: 26 jun. 2012. Publicado em: 29 jun. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2043685-67.2016.8.26.0000**. Agravante: Venus Capital e Participações S.A. e Brazal Brazil Alimentos S.A. Agravado: IFC International Food Company Indústria de Alimentos S.A. Massa Falida. Relator: Des. Enio Zuliani. Julgado em: 10 ago. 2016. Disponibilizado em: 17 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2050780-80.2018.8.26.0000**. Agravante: JBM Investimentos Participações e Negócios S.A. Agravado: IFC International Food Company Indústria de Alimentos S.A. Massa Falida. Relator: Des. Azuma Nishi. Julgamento em: 24 out. 2018. Disponibilizado em: 27 out. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2025896-55.2016.8.26.0000**. Agravante: Banco IBM S.A. Agravado: OAS S/A – Em Recuperação Judicial e Outros. Relator: Des. Carlos Alberto Garbi. Julgado em: 31 out. 2016. Disponibilizado em: 09 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Mandado de Segurança 000923573.2010.807.0000**. Impetrante: Caroline da Cunha Diniz. Impetrados: Secretário de Estado de Saúde do Distrito Federal e Outros. Julgado em: 15 fev. 2011. Disponibilizado em: 04 mai. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de Instrumento 0043445-62.2014.8.16.0000**. Recorrente: Itaú Unibanco S.A. Recorrido: Brandl do Brasil Ltda. Relator: Des. Espedito Reis do Amaral. Julgado em: 13 mai. 2015. Disponibilizado em: 24 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento 0004877-37.2007.8.19.0000**. Agravante: Ministério Público. Agravado: Casa de Portugal Em Recuperação Judicial. Relator: Des. Edson Aguiar de Vasconcelos. Julgado em: 09 mai. 2007. Disponibilizado em: 21 jun. 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 0105632-78.2018.8.21.7000**. Agravante: China Constructionbank (Brasil) Banco Múltiplo S.A. Agravados: Artecola Extrusão Ltda. e Outros. Relatora: Desa. Thais Coutinho de Oliveira. Julgado em: 09 mai. 2019. Disponibilizado em: 13 mai. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 0320723-64.2017.8.21.7000**. Agravante: Caixa Econômica Federal. Agravados: Ecovix Construções Oceânicas S.A. e Outros. Relator: Des. Luis Augusto Coelho Braga. Julgado em: 12 jul. 2018. Disponibilizado em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 0277610-26.2018.8.21.7000**. Agravante: Banco da China. Agravado: Ecovix Construções Oceânicas S.A. e Outros. Relator: Des. Luis Augusto Coelho Braga. Julgado em: 25 abr. 2019. Disponibilizado em: 30 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível 0027979-15.2004.4.01.3400**. Recorrente: União Federal. Recorrido: Thallys Mendes Passos. Julgado em: 20 set. 2010. Disponibilizado em: 04 out. 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Bankruptcy Code**. United States Code, Title 11. 1978. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11>. Acesso em 25 jun. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Rules of Bankruptcy Procedure**. 1983. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/frbp>. Acesso em 25 jun. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. In re Continental Airlines, 91 F.3d 553 (3d Cir. 1996).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. In re One2One Communications, LLC, 805 F.3d 428 (3d Cir. 2015).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. In re Roberts Farms, Inc. 652 F.2d 793 (9th Cir. 1981).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. In re Semcrude, L.P., 728 F.3d 314, 321 (3d Cir. 2013).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. In re Tribune Media Co., 799 F.3d 272 (3d Cir. 2015).