

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CARLOS HENRIQUE FERREIRA SANTANA

**ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL:
PODE OCORRER ABUSO NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE VOTO?**

RIO DE JANEIRO

2019

CARLOS HENRIQUE FERREIRA SANTANA

**ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL:
Pode Ocorrer Abuso no Exercício do Direito de Voto?**

Monografia apresentada à Escola de Ciências Jurídicas,
da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Roberto Julio da Trindade Junior

Rio de Janeiro

2019

CARLOS HENRIQUE FERREIRA SANTANA

**ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL:
Pode Ocorrer Abuso no Exercício do Direito de Voto?**

Monografia apresentada à Escola de Ciências Jurídicas,
da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Nota ()

Professor:

Prof. Me. Roberto Julio da Trindade Junior - Orientador

Professor:

Prof. Dra. Débora Lacs Sichel - Avaliadora

Professor:

Prof. Dr. Daniel Queiroz Pereira - Avaliador

Rio de Janeiro

2019

AGRADECIMENTO

A realização do presente estudo representa o fechamento de um ciclo em minha vida, ciclo, este, marcado pela superação de perdas inestimáveis, pelo resgate de antigos sonhos, pela renovação da esperança e da força para lutar e continuar a caminhada em busca da concretização de metas e objetivos pessoais, com vistas à realização daqueles antigos sonhos, bem como, dos novos que têm sido concebidos ao longo dessa árdua jornada.

Nada disso teria sido possível sem a incomensurável contribuição de pessoas incríveis, seres iluminados com os quais tenho convivido, compartilhado tristezas, algumas, alegrias, muitas, e a eles, neste momento, eu dedico esta singela homenagem.

Tenho plena convicção de que nenhuma palavra conhecida estaria apta a qualificar, tampouco quantificar a gratidão que eu sinto pela imensa contribuição de vocês para a concretização deste objetivo, todavia, dedico-lhes estas singelas palavras na tentativa de demonstrar o quão importante vocês tem sido na minha vida.

Deus! Não saberia explicar quem ou o que ele é, diferentes civilizações o cultuam, algumas entendem serem múltiplos os deuses, outras acreditam que seja um só Deus e há, ainda, aquelas que concebem um Deus que é múltiplo e simultaneamente uno e, aqui, me refiro à concepção judaico-cristã, a qual tributo minha fé.

Mesmo havendo tamanha diversidade de concepções e entendimento, uma característica é comum a todos os deuses, o seu imenso poder, capaz de fazer forte aquele que é fraco, enriquecer o pobre, curar o doente, mas a principal característica desse poder, na minha humilde opinião, é a de dar esperança aqueles que perderam suas forças, se encontram desanimados e não mais são capazes de vislumbrar a beleza do porvir. A esse Deus, que em si contempla o pai, o filho e o espírito santo, que são três e ao mesmo tempo é um, que sempre me capacitou para que eu continuasse a minha caminhada em busca dos meus sonhos, a ele meu singelo agradecimento.

Família! A maior dádiva que me foi concedida, minha maior riqueza, meu alicerce, minha fortaleza inespugnável, meu tudo. Nos momentos mais difíceis está ao meu lado, acredita em mim, mesmo naqueles momentos nos quais eu mesmo já perdi as esperanças, e, assim, me dá forças para seguir adiante.

Meus avós maternos, Gentil e Maria do Socorro, que sempre me deram amor e carinho, mesmo separados fisicamente, por morarmos em estados diferentes, estiveram

sempre comigo me animando e compartilhando comigo as minhas conquistas e me confortando nos momentos de tristeza; meu avô *in memoriam*, sempre os terei presentes em meu coração.

Meus avós paternos, Francisco e Maria, in memoriam, meu avô que não tive o privilégio de conhecer, pois, partiu dessa vida antes do meu nascimento, mesmo assim tem me ensinado muito através do meu pai que sempre conta as suas histórias; minha avó, que também já realizou a sua passagem, a ela eu devo especial gratidão! Pobre, negra, analfabeta, desprovida de riquezas materiais, mas, rica em caráter, honestidade e integridade. Na ausência do meu avô, educou os três filhos; sempre os instou a estudar e insistiu na importância da educação como forma de alteração da realidade social em que viviam.

Comigo não foi diferente, sempre me incentivou a continuar meus estudos e, se não bastassem as conversas e as puchadas de orelha – necessárias, frise-se – em momento de severas dificuldades financeiras enfrentadas em minha casa, ela dispunha do pouco dinheiro que tinha para custear minhas passagens para a escola, as vezes um lanche – quando passava o dia inteiro na rua estudando, muitas vezes sem ter o que comer – um material de estudo. Inúmeras foram as vezes em que, colocando a vergonha de lado, recorreu a amigos e vizinhos para conseguir o dinheiro que eu precisava para continuar a estudar.

Então, se cheguei até aqui, devo muito à esta mulher sensacional, a quem eu nunca me cansarei de agradecer.

Meus pais; Valdecir e Maria Cristina, não saberia nem por onde começar a descrever a importância deles na minha vida e, em especial nesta empreitada, são meu chão, os braços que me envolvem quando o medo tenta me fazer parar, são as mãos que me acalentam nos momentos de dor, são também a vara que me corrige e me faz trilhar um caminho íntegro e reto.

Sempre estiveram comigo, sempre me deram o que tinham de melhor, trouxeram para a minha vida os princípios e valores que fizeram de mim o homem que sou hoje, e não há neste mundo, ou em qualquer outro, nada que possa pagar-lhes todo o bem que vocês me fazem.

Meus irmãos, Renata e Gabriel, me dão certa dor de cabeça – brincadeira – são um importante ponto de apoio, cada um à sua maneira, sempre me ajudam e me incentivam a seguir a minha jornada; minha irmã que me acolheu no seu lar quando as dificuldades financeiras me forçaram a me afastar de casa, sempre cuida de mim; meu irmão, parceiro nos

negócios, super animado e que sempre me anima e me lembra da necessidade de deixar o trabalho um pouquinho de lado e me divertir, pois a vida passa e são os momentos que vivemos que a torna magnífica.

Há, também, *os irmãos que me foram dados não pelos meus pais, mas sim pela vida*. Pessoas especiais, magníficas que enchem de significado a minha existência. *Rafael, Vitor e Roberto (bebê)*, cresceram comigo e foram parte essencial da minha infância.

João Rafael, Cristiano, Tiago, Beto, Mariana, Vanessa, Sandro, Serginho e Cilaine, ter trilhado o caminho da fé na companhia de vocês foi um honra, tê-los na minha vida é um grande privilégio.

Bruno, Cirano, Hiago, Igor, Marcelo, Pedro, Rodrigo, Vanessa Catão e Rafael “Pepeca”, meus dias na Unirio foram inesquecíveis porque eu pude contar com a companhia e com a amizade de vocês. Vocês foram um presente inigualável que a vida me deu, mesmo eu não sendo merecedor, presente, este, pelo qual eu não tenho palavras para agradecer.

Meus sobrinhos, Caique, Júlia e Sarah. Uma criança traz um novo significado para as nossas vidas. A existência de vocês reeditou a vida deste seu tio, tê-los em minha vida me faz ter ainda mais vontade de viver, de lutar pelos meus ideais e me esforçar ao máximo para tentar deixar para vocês um mundo melhor do que aquele que recebi. Amo vocês com todas as minhas forças.

Meus tios e primos, são tantos que eu nem me arriscarei a tentar citá-los nominalmente aqui. Peço encarecidamente que não recebam isso como um desprestígio, pois, a contribuição de cada um de vocês foi essencial e me fortaleceu no curso da minha caminhada.

Meus amigos, são poucos, todavia, são os melhores amigos do mundo, alguns conheci na vizinhança de casa, alguns na vida estudantil e outros no trabalho, chamo-os de amigos, pois certamente, enquanto durar a minha jornada, os guardarei na minha mente e em meu coração, vocês são especiais, me ensinam muito e tornam a minha vida muito mais feliz.

Meus professores, que ao longo da minha vida me mostraram a beleza e a grandiosidade do saber e fizeram despertar em mim o gosto pelo conhecimento e o prazer em aprender coisas novas. Se cheguei até aqui foi graças a vocês.

Minha terapeuta e amiga, Niedja, esteve ao meu lado em um dos momentos mais difíceis que eu enfrentei na minha vida, me pegou pela mão, me orientou e foi minha guia nos

primeiros passos da jornada que tenho trilhado em minha busca pelo autoconhecimento e pelo aperfeiçoamento enquanto ser humano e cidadão. Seu apoio foi essencial naquele momento e seu incentivo para que eu lutasse pelos meus sonhos e voltasse a estudar rederam frutos e são coroados hoje com o presente estudo que representa não só o fechamento de um ciclo, mas, também, um objetivo e um sonho concretizados. Sua participação na minha história será lembrada para sempre.

Algumas pessoas especiais que não posso deixar de agradecer, Dona Marluce, Cristiane e Juliana, vocês fizeram da minha estada no MPF uma das experiências mais agradáveis que vivenciei até hoje, vocês sempre estarão comigo, na minha mente e no meu coração.

Da PGE...

Dra. Adriana, me tirou de diversas enrascadas, quando eu tinha alguma dúvida que os colegas não conseguiam esclarecer era à senhora que eu recorria e era sempre atendido com gentileza e atenção.

Dr. Alexandre, suas críticas sempre construtivas e suas palavras de incentivo, além da predisposição para me ajudar foram um presente inestimável para mim.

Dr. Raphael, ter trabalhado com o senhor foi um privilégio, uma honra e motivo de muito orgulho para mim.

Dr. João, mesmo não tendo trabalhado diretamente com o senhor, aprendi muito ao observar a forma como o senhor trabalha e, principalmente, a forma como lida com seus estagiários e residentes, levarei sempre como exemplo e inspiração;

Raphaella, me recebeu na PG-06, sempre solícita e atenciosa me ajudou muito. Dei muito trabalho para ela que, gentilmente, me auxiliou e contribuiu para que eu conseguisse realizar meu trabalho com qualidade e presteza.

Diogo, “o oráculo”, o cara que sabe tudo sobre todos os assuntos, o melhor residente da PGE, sua ajuda e seus ensinamentos contribuíram de forma substancial para o meu aperfeiçoamento profissional.

Meus companheiros de estágio, *Bruno, Carlos Rafael, Diogo, Gabriel, Gabriela, Gabrielle, Gustavo, Isabela, João, José, Lais, Marcelle, Maria Eduarda, Pedro, Rafa Matos, Rafa Melo, Rafael, Renata, Renato, Tainá Martins*, estar na companhia de vocês foi simplesmente espetacular.

Da PGM-RJ

Os Procuradores Dr. André, Dra. Andréa, Dra. Christiane, Dra. Fernanda S. de Paula e Dr. Rodrigo Lourega, com críticas positivas e excelentes conselhos me ajudaram a ser um profissional melhor.

Os residentes, *aqui representados nas figuras de Diego, Jhonatan e Larissa*, que sempre se mostraram solícitos e dispostos a ajudar sempre que necessário.

Por fim, mas não menos importantes, meus colegas de estágio, *Beatriz, Bruninha, Camila, Derick, Eduardo, Emilson, Jussara, Marco Antônio, Vanessa e Talita*, me ajudaram muito no trabalho e contribuíram para ampliar minha visão de mundo.

A todos os meus mais puros e sinceros agradecimentos!!!

“A ordem jurídica protege os interesses dos membros da comunidade, enquanto entre si se harmonizam e coexistem; isto é, protege-os enquanto são dignos de proteção e necessitados dela”.

(Pontes de Miranda)

RESUMO

Com o presente estudo visa-se responder a seguinte indagação: Pode, na Assembleia-Geral de Credores realizada no âmbito do procedimento de recuperação judicial, ocorrer abuso do direito de voto pelo credor? Devido a peculiar situação em que se encontra o credor quando se instaura um procedimento de recuperação judicial de empresas, torna-se tarefa extremamente complexa a caracterização, como abusiva, da conduta do credor no exercício do seu direito de voto na Assembleia-Geral de Credores. Com o intuito de tentar responder a indagação inicial recorre-se ao método de pesquisa descritiva e explicativa, quanto aos fins e bibliográfica e jurisprudencial, quanto aos meios, assim serão explorados alguns dos diferentes entendimentos desenvolvidos sobre o tema ao longo do período de vigência da Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, Lei 11.101/2005, e será realizada uma análise qualitativa das informações obtidas, de forma que se possa, ao fim do estudo, identificar métodos e/ou mecanismos que viabilizem a caracterização, ou não, do abuso no exercício do direito de voto pelo credor.

Palavras-chave: Abuso. Assemble Geral. Credor. Crise. Devedor. Direito de Voto. Econômico-Financeira. Empresa. Recuperação.

ABSTRACT

The purpose of this study is to answer the following question: Can creditor abuse of the right to vote occur at the General Meeting of Creditors held under the judicial reorganization procedure? Due to the peculiar situation of the creditor when a judicial reorganization procedure is instituted, it becomes an extremely complex task to characterize as abusive the conduct of the creditor in the exercise of its right to vote in the General Meeting of Creditors. In order to try to answer the initial inquiry, a descriptive and explanatory research method is used, as well as bibliographical and jurisprudential purposes, as to the means, thus exploring some of the different understandings developed on the topic throughout the period of validity of the Judicial Recovery, Extrajudicial and Bankruptcy Law, Law 11.101 / 2005, and a qualitative analysis of the information obtained will be carried out, so that, at the end of the study, it is possible to identify methods and / or mechanisms that enable the characterization, or not, of the abuse of the right to vote by the creditor.

Keywords: Abuse. General Assembly. Creditor. Crisis. Debtor. Right of Voting. Economic-Financial. Company. Recovery.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	15
1.1. OBJETIVO DO ESTUDO	16
1.2. METODOLOGIA	17
1.3. ESTRUTURA ELEMENTAR DO ESTUDO	17
2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS	19
2.1. O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS: VISÃO GERAL	20
2.2. PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO PARÂMETROS PARA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL	21
2.3. ASPECTOS PRÁTICOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	23
2.3.1. Natureza Jurídica da Recuperação Judicial	23
2.3.2. Pressupostos da Recuperação Judicial	24
2.3.3. Créditos Abrangidos pela Recuperação Judicial	24
2.3.4. Requisitos da Recuperação Judicial	25
2.3.5. Meios para a Recuperação Judicial	26
2.4. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	28
3. OS CREDORES E O PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	30
3.1. ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES	30
3.2. FUNÇÃO DA ASSEMBLEIA DE CREDORES	31
3.2.1. Plano de Recuperação Judicial: aprovação, modificação ou rejeição (art. 35, I, 'a', da LREF)	33
3.2.2. Comitê de Credores: constituição e escolha de seus membros (art. 35, I, 'b', da LREF)	34
3.2.3. Pedido de Desistência da Recuperação Judicial: aprovação ou rejeição (Art. 35, I, 'd', c/c. art. 52, § 4º, da LREF)	35
3.2.4. Administrador Judicial: aprovação do indicado (art. 35, I, 'e', da LREF)	36
3.2.5. Demais Matérias de Interesse dos Credores: deliberação no âmbito da assembleia-geral de credores (art. 35, I, 'f', da LREF)	37
3.3. COMPETÊNCIA E FORMA DE CONVOCAÇÃO DA ASSEMBLEIA	37
3.4. COMPOSIÇÃO DA ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES	38
3.4.1. Participação em Votação na Assembleia-Geral de Credores	39
3.4.2. Quóruns	42
3.4.2.1. <u>Quórum de Instalação</u>	42
3.4.2.2. <u>Quórum de Deliberação</u>	42
4. A COLETIVIDADE DE CREDORES	45
4.1. NATUREZA JURÍDICA	47
4.2. A DELIBERAÇÃO DOS CREDORES NA ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES	51
4.3. O DEVER DE LEALDADE E SEUS CONTORNOS	52
4.3.1. Aplicação do Dever de Lealdade entre Credores	54

5. ABUSO DO DIREITO DE VOTO PELO CREDOR:	
FUNDAMENTOS E CARACTERIZAÇÃO	56
5.1. O INSTITUTO DO ABUSO DO DIREITO	56
5.2. O ABUSO DO DIREITO DE VOTO PELO CREDOR	58
5.2.1. Parâmetros para Limitação do Exercício do Direito de Voto pelo Credor	59
5.2.1.1. <u>O Exercício do Direito de Voto Limitado pelo Princípio da Preservação da Empresa e da sua Função Social</u>	60
5.2.1.2. <u>O Exercício do Direito de Voto Limitado pela Boa-fé em Relação ao Devedor</u>	63
5.2.1.3. <u>Limitação do Exercício do Direito de Voto em Função do Dever de Lealdade entre os Credores</u>	64
5.2.2. Caracterização do Abuso do Direito de Voto pelo Credor	65
5.2.2.1. <u>Abuso do Direito de Voto em Função da Busca de Interesse Egoístico</u>	66
5.2.2.1.1. <i>A cessão de crédito como abuso do direito de voto</i>	67
5.2.2.1.2. <i>A Negociação Direta entre Credor e Devedor como Caracterizadora do Abuso do Direito de Voto</i>	68
5.2.2.1.3. <i>A Prática do Favorecimento de credores como Abuso do Direito de Voto</i>	69
5.2.2.1.4. <i>O Abuso do Direito de Voto Caracterizado pelo Voto do Credor Titular de Créditos Enquadrados em Mais de uma Classe</i>	71
5.2.2.1.5. <i>O Voto do Credor Concorrente como Caracterização do Abuso do Direito de Voto</i>	72
5.2.2.2. <u>Abuso do Direito de Voto em Função da Adoção de Conduta Obstrutiva</u>	73
6. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE VOTO: VIÉS DOCTRINÁRIO E CONTORNOS JURISPRUDENCIAIS	76
6.1. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ABUSO DO DIREITO DE VOTO: VIÉS DOCTRINÁRIO	77
6.2. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ABUSO DO DIREITO DE VOTO: CONTORNOS JURISPRUDENCIAIS	81
6.2.1. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	81
6.2.2. Tribunal de Justiça de Goiás	85
6.2.3. Tribunal de Justiça de Santa Catarina	87
6.2.4. Tribunal de Justiça de São Paulo	89
6.2.4.1. <u>Agravo de Instrumento nº 2180362-41.2015.8.26.0000</u>	89
6.2.4.2. <u>Agravo de Instrumento nº 2234845-50.2017.8.26.0000</u>	91
6.2.5. Superior Tribunal de Justiça	93
6.2.5.1. <u>Recurso Especial nº 1.337.989/SP</u>	93
7. CONCLUSÃO	98
7.1. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS	98
7.2. A PARTICIPAÇÃO DOS CREDORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	99
7.2.1. A Votação na Assembleia-Geral de Credores	101
7.2.2. Os Quóruns na Assembleia-Geral de Credores	102
7.3. A COLETIVIDADE DE CREDORES	104
7.3.1. A Natureza Jurídica da Coletividade de Credores	105
7.3.2. Os Credores e a Deliberação na Assembleia-Geral	106

7.3.3. O Dever de lealdade	106
7.4. O ABUSO DO DIREITO	107
7.4.1. O Abuso do Direito de Voto pelo Credor	108
7.5. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE VOTO	114
7.6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	116
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118

1. INTRODUÇÃO

Ao analisarmos o sistema falimentar sob a égide do Decreto-lei nº. 7.661/1945 verifica-se a existência de um sistema caótico, ultrapassado e que não mais atendia a realidade empresarial nacional, que a cada dia se diversificava mais e tornava-se exponencialmente mais complexa, fosse em relação às novas atividades desenvolvidas, fosse sob o ponto de vista das relações que se desencadeavam entre as empresas e os diversos agentes de mercado (clientes, fornecedores, parceiros, entre outros).

O resultado prático da vigência de tal sistema falimentar era, em princípio, a extinção da empresa, restando o empresário e/ou sociedade empresária imersa em dificuldades econômico-financeiras e, em análise mais aprofundada, a desconsideração dos interesses dos credores e demais agentes relacionados aos representantes da empresa, o que se refletia em dilapidação de patrimônios, desestruturação de vidas e famílias, bem como em problemas sociais de diversas ordens.

Com o intuito de modificar radicalmente o panorama empresarial no tocante a relação entre os devedores que enfrentam dificuldades econômico-financeiras e os diversos agentes de mercado que com eles se relacionam – dentre os quais se destacam os credores devido a grande importância dos seus créditos dentro do cenário de dificuldade financeira enfrentada –, foi editada a Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, doravante identificada apenas pela sigla LREF.

A LREF estabeleceu um novo paradigma para o sistema falimentar nacional, fundado no Princípio da Preservação da Empresa e da sua Função Social (art. 47).

Nessa linha de entendimento, ao tomar como pressuposto que os credores economicamente interessados em conjunto com os devedores seriam os mais aptos a decidir acerca do futuro do devedor em crise, a lei introduziu no sistema falimentar pátrio o inovador instituto da “Recuperação Judicial”, incumbindo-os, devedores e credores, da responsabilidade de encontrar soluções consensuais para a manutenção da empresa viável em atividade.

À primeira vista, a LREF pareceu ser a solução definitiva para os problemas do sistema falimentar nacional, pois positivava postulados doutrinários e jurisprudenciais reputados aplicáveis às falências, além de consagrar princípios que, em tese, garantiam direitos e preservavam a atividade produtiva e os benefícios socio-econômicos dela

decorrentes. Entretanto, faltou ao legislador o zelo de refletir acerca da melhor forma de alcançar as metas e objetivos propostos pela lei.

Na prática, o que se tem observado é a falta de regras claras e objetivas voltadas a disciplinar o comportamento dos credores, principalmente com vistas a coibir o comportamento abusivo por parte destes, e a pequeníssima atenção dispensada ao aspecto central de todo e qualquer sistema de solução consensual de conflitos, que é o estabelecimento de regras para a estruturação da negociação entre devedores e credores.

Nesse sentido, Buschinelli (2014, p. 21) aduz que:

Não é preciso ir longe para perceber que a regra majoritária nem sempre proporciona resultados equânimes. O direito societário é campo que oferece fartos exemplos de que o princípio majoritário pode levar a graves iniquidades, se não for conjugado com regras estruturais de garantia da integridade do procedimento deliberativo. Comportamentos disfuncionais podem ocorrer em todas as coletividades. A assembleia de credores, porém, se mostra foro especialmente propício ao oportunismo ilícito. Todos os credores integram-na exclusivamente para obter a satisfação de seus créditos, situando-se em posição de concorrência com seus pares.

Conforme se pode observar, a existência de um sistema de controle que imponha limites claros e objetivos a atuação dos diversos agentes envolvidos nos processos deliberativos é essencial para a obtenção de resultados satisfatórios e para o sucesso no alcance das metas e objetivos estabelecidos.

Com base no cenário exposto supra, este estudo será desenvolvido com o intuito de contribuir para a melhor compreensão da forma como se dá a atuação dos credores na Assembleia-Geral de Credores para deliberação sobre o plano de recuperação judicial, assim como dos limites à atuação destes credores previstos na legislação, além daqueles concebidos pela doutrina e jurisprudência formadas sobre o tema, para, assim, poder responder a indagação inicial, a saber: “pode ocorrer abuso no exercício do direito de voto no âmbito da Assembleia-Geral de Credores?”

1.1. OBJETIVO DO ESTUDO

A pesquisa tem como objetivo analisar os principais aspectos do funcionamento da Assembleia-Geral de Credores em um procedimento de recuperação judicial e identificar os fatores que indiquem e/ou caracterizem a ocorrência do abuso, pelo credor, do seu direito de voto.

1.2. METODOLOGIA

Para facilitar a composição do presente estudo e potencializar as chances de sucesso no alcance de seus objetivos, optou-se pela adoção dos critérios básicos propostos por Vergara (2010), que classifica a pesquisa quanto aos “**fins**” visados e quanto aos “**meios**” empregados para alcançá-los.

No tocante aos seus fins, este estudo pode ser classificado como descritivo e explicativo, visto que buscou, além de expor a dinâmica de funcionamento da Assembleia-Geral de Credores, esclarecer o ponto a partir do qual o exercício do direito de voto pelo credor deixa de ser regular e passa a ser abusivo.

Em relação aos meios de coleta de dados, o presente trabalho classifica-se como bibliográfico e jurisprudencial, pois baseado fundamentalmente na pesquisa em acervos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do tema em comento.

Com vistas ao atendimento do objetivo mencionado no tópico 1.1., supra, será realizada uma abordagem teórica a respeito do funcionamento da Assembléia-Geral de Credores na recuperação judicial e da atuação dos credores no procedimento.

Será efetuado o cotejo entre compêndios doutrinários nacionais, a jurisprudência pátria desenvolvida sobre o tema e, em determinados casos, recorrendo-se ao direito comparado.

1.3. ESTRUTURA ELEMENTAR DO ESTUDO

O presente trabalho foi estruturado para começar com este capítulo introdutório, seguido por cinco capítulos de desenvolvimento e, por fim, um capítulo conclusivo, organizados de forma a proporcionar ao leitor o conhecimento necessário para a compreensão do tema em estudo.

Sendo o **capítulo 1**, a “**INTRODUÇÃO**”, nele procurou-se apresentar um breve preâmbulo sobre o tema em comento, bem como expor as informações relativas ao objetivo do estudo e a metodologia utilizada no seu desenvolvimento.

No **capítulo 2**, “**A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS**”, se discorrerá sobre o Instituto da Recuperação Judicial, sua história, seu objetivo, princípios basilares, atores relevantes, entre outros assuntos afetos ao tema.

O **capítulo 3, “OS CREDORES E O PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL”**, tratará das relações que se desenvolvem entre os credores, passando, dentre outros, pelo conceito de Assembleia-Geral de Credores e sua função no Procedimento de Recuperação Judicial, além de apresentar outros órgãos e personagens importantes para o adequado desenvolvimento do Procedimento de Recuperação Judicial.

Uma abordagem estruturada sobre a relação que se estabelece entre os credores antes, durante e após o Procedimento de Recuperação Judicial é o que será apresentado no **capítulo 4, “A COLETIVIDADE DE CREDORES”**, no qual se verá a natureza jurídica desta coletividade, a forma como os credores deliberam na Assembleia-Geral de Credores, bem como alguns princípios e institutos que devem orientar a conduta dos credores no curso da Recuperação Judicial.

Cerne do presente estudo, o **capítulo 5, “ABUSO DO DIREITO DE VOTO PELO CREDOR: FUNDAMENTOS E CARACTERIZAÇÃO”**, versará propriamente sobre o **abuso do direito de voto pelo credor** na Assembleia-Geral de Credores. Nesse capítulo se discorrerá sobre o Instituto do “Abuso do Direito” como gênero, sendo espécie, deste, o “Abuso do Direito de Voto”, passando por algumas das possíveis formas de caracterização do “voto abusivo” e por parâmetros estabelecidos pela LREF, bem como pela doutrina e jurisprudência pátrias, para identificá-lo.

Para fechar a parte de desenvolvimento do presente trabalho, o **capítulo 6, “CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE VOTO: VIÉS DOUTRINÁRIO E CONTORNOS JURISPRUDENCIAIS”**, apresentará um compêndio sobre as possíveis consequências jurídicas, decorrentes do exercício abusivo pelo credor do seu direito de voto, vislumbradas pela doutrina e pela jurisprudência.

Por fim, terminada a parte de desenvolvimento do trabalho, se chegará ao **capítulo 7, “CONCLUSÃO”**, que oferecerá uma perspectiva sintetizada sobre os principais resultados auferidos com o presente estudo e apresentará as considerações finais forem julgadas relevantes.

Com a estruturação exposta supra, espera-se facilitar a exposição e o entendimento do tema em discussão, proporcionando ao leitor uma interação crescente e gradual com a matéria, para que ao fim este possa alcançar a plena compreensão do assunto abordado.

2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

Para que se possa desenvolver uma correta compreensão do significado e da relevância da atuação dos credores em um processo de recuperação judicial faz-se necessária a apresentação de um breve preâmbulo sobre tal processo, o que se realiza a seguir.

No ano de 2005 foi editada a LREF - que revogou o Decreto-lei n. 7.661/1945, que regulamentava os institutos da falência e da concordata. Com a edição desta nova lei manteve-se o instituto da falência, todavia, o instituto da concordata, em ambas as suas modalidades foi extirpado do ordenamento jurídico pátrio.

Ao se analisar a LREF é perceptível que o legislador procurou substituir o instituto da concordata (em suas modalidades preventiva e suspensiva) por algo que fosse mais compatível com a nova realidade empresarial e os novos valores e princípios que nortearam a elaboração desta norma.

Destarte, pode-se entender que o instituto da concordata foi substituído, na LREF, por um novo instituto, o da recuperação da empresa concebido em duas modalidades, a saber: a judicial e a extrajudicial.

Enquanto a concordata era, basicamente, uma forma regulamentada de se obter a dilação do prazo para pagamento ou remissão parcial dos créditos quirografários ou, ainda, a conjugação de ambos os itens anteriores, a recuperação judicial de empresas – inspirada em novos valores e fundada em princípios como o Princípio da Preservação da Empresa e o da Função Social da Empresa – tem como objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, com vistas à obtenção dos benefícios decorrentes da continuidade da atividade produtiva (artigo 47, da LREF).

Orientada, principalmente, para os interesses coletivos que envolvem o desenvolvimento de uma atividade empresarial (os postos de trabalho por ela gerados, a renda produzida e distribuída entre a comunidade que circunda a unidade produtiva, etc.), a recuperação de empresas contrasta severamente com a concordata, visto que esta priorizava equivocadamente apenas os interesses dos devedores, em detrimento do interesse de credores e de todos os demais atores envolvidos na dinâmica do desenvolvimento produtivo de uma atividade econômica estruturada.

Com o intuito de propiciar uma melhor estruturação para a análise do instituto da Recuperação de Empresas, o presente estudo será conduzido sob a ótica doutrinária, com

observância do regime jurídico que regulamenta a matéria, bem como da jurisprudência pátria sobre o tema, e o objeto de estudo será restrito à Recuperação Judicial de Empresas.

Assim, passa-se à apresentação do instituto da Recuperação Judicial de Empresas, seus aspectos de maior interesse para o desenvolvimento deste estudo e seus atores principais, a saber, devedores e credores.

2.1. O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS: VISÃO GERAL

Inserido no ordenamento jurídico brasileiro apenas no ano de 2005, o Instituto da Recuperação de Empresas – positivado através da LREF – agregou conteúdos que, para o ordenamento jurídico pátrio, eram inovadores. No entanto, tais conteúdos já eram conhecidos e experimentados em ordenamentos jurídicos de países como Estados Unidos e França, dentre outros.

Como visto anteriormente, até 2005, o ordenamento jurídico pátrio previa apenas a concordata (preventiva e suspensiva) como “alternativa” à decretação da falência. Logo, ao adotar-se uma perspectiva histórica para a análise da matéria, depreende-se que, no Brasil, o instituto da Recuperação de Empresa é uma evolução da combatida e ultrapassada concordata.

Entende-se que a Recuperação de Empresa é uma evolução da concordata, pois, ao se analisar o Decreto-lei n. 7.661/1945, claramente se verifica que esta norma tinha como princípio basilar a retirada do mercado do comerciante com problemas econômico-financeiros, porque o entendimento prevalente à época era o de que ele gerava instabilidade e prejudicava o mercado. Primava-se pela liquidação do patrimônio do devedor para, com isso e, se possível, satisfazer os interesses dos credores.

Por sua vez, elaborada com base em uma visão mais moderna, ampla e compatível com um novo ambiente empresarial – no qual as pressões relativas à sustentabilidade dos empreendimentos e à atuação socialmente responsável das atividades empresariais aumentam a cada dia –, a LREF encontra seu fundamento em princípios como o da Preservação da Empresa e o da Função Social da Empresa, o que a torna mais apta e focada na busca pela recuperação da empresa que enfrenta uma situação de crise, seja ela econômica, financeira ou gerencial.

Entende Sztajn (2005, p. 220) que foi a demanda social pela preservação das empresas a mola propulsora para a elaboração, pelo legislador brasileiro, da normatização que

regulamenta a recuperação judicial de empresas. Segundo a autora, o instituto que a norma preferiu denominar como “recuperação” dá-se de fato pela reorganização da atividade empresarial e complementa ao explicar que a palavra “recuperar” é empregada com o sentido de restaurar, reaver e colocar em condições de operar, ou seja, reestabelecer as condições para que se possa desenvolver a atividade empresarial anteriormente imersa em uma situação de crise.

Tem-se, em síntese, que o entendimento de que a recuperação judicial da empresa é uma evolução da concordata decorre da compreensão de que o novo instituto mostra-se muito mais ambicioso, no que respeita aos interesses econômicos, financeiros e sociais que permeiam a atividade empresarial e, por esse motivo, excede e supera o instituto anterior.

Na mesma linha de entendimento segue Teixeira (2012, p. 183) ao dizer que:

Por isso, a recuperação da empresa não se esgota na simples satisfação dos credores, como a falência. É uma tentativa de solução para a crise econômica de um agente econômico, enquanto uma atividade empresarial. Isso ocorre porque a recuperação tem por objetivo principal proteger a atividade empresarial – a empresas –, não somente o empresário (empresário individual ou sociedade empresária).

Como se pode observar, é evidente a maior complexidade e abrangência do instituto da recuperação judicial de empresas em relação à concordata. E corroborando esse entendimento Coelho (2008, p. 381) acrescenta que *“Além disso, podemos completar dizendo que é uma tentativa de saneamento/reorganização da empresa em crise, a fim de evitar o processo falimentar”*.

Assim, observa-se que a LREF, ao introduzir no ordenamento jurídico o instituto da recuperação judicial de empresas, o estabelece como um novo paradigma, voltado para a otimização do sistema falimentar pátrio, pois, propicia a criação de oportunidades para que as empresas – cuja viabilidade de manutenção no mercado seja constatada – se reestruturam e mantenham-se atuantes no mercado, cumprindo, assim, a sua função social.

2.2. PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO PARÂMETROS PARA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Entende-se que a finalidade primordial da LREF é propiciar e tornar viável o saneamento do devedor que enfrenta uma situação de crise, o que relega a possibilidade de extinção da atividade produtiva a segundo plano, restringindo-se esta possibilidade apenas aos casos nos quais se constate que é inviável a recuperação.

Fala-se em “finalidade primordial” porque se entende que a LREF apresenta duas aplicações diversas, porém complementares, visto que, para os casos nos quais se mostre viável a manutenção da atividade produtiva, prescreve a Recuperação da Empresa, enquanto para os casos em que se constata a inviabilidade da manutenção da atividade produtiva, prescreve a falência do devedor.

Neste ponto impende destacar que ambas as aplicações possíveis da LREF são independentes entre si, todavia, pode haver casos em que a decretação da falência decorra de um procedimento de recuperação judicial mal sucedido; trata-se, neste caso, da convalidação da recuperação judicial em falência.

Destaca-se, ainda, devido à sua importância, que mesmo na falência é possível preservar a empresa e sua função social, o que se consegue, via de regra, por meio da sua alienação como unidade produtiva, para que outro empresário ou sociedade empresária possa mantê-la ativa.

Como se pode observar, os diversos tipos de crise que podem acometer um devedor são abordados de forma peculiar pela LREF, que, como se tem demonstrado, prioriza a tentativa de sanear a atividade produtiva e solucionar a crise econômica e/ou financeira que acomete o devedor. Contudo, prescreve a falência para aquele devedor que não tenha condições de continuar a atuar no mercado, ainda que a constatação da sua inviabilidade só se dê no curso do Procedimento de Recuperação Judicial.

A incidência do princípio da preservação da empresa na espécie é o que determina a primazia da recuperação do devedor em crise, em detrimento da decretação da sua falência (como preconizava o antigo modelo fundado no Decreto-lei n. 7.661/1945), razão pela qual este pode ser definido como um princípio que objetiva a manutenção da atividade produtiva, com vistas à viabilização da continuidade do negócio, bem como a manutenção de empregos e interesses de terceiros, especialmente dos credores, o que caracteriza a incidência de um segundo princípio, a saber, o da função social da empresa.

Consoante a estes princípios, sobreleva-se a necessidade de se destacar o fato de que os mesmos não se encontram expressamente previstos na LREF, todavia, podem ser abstraídos do art. 47 da referida lei, que assim dispõe: (grifou-se)

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 (BRASIL, 2005, p. 09).

À luz do dispositivo em destaque supra, fica evidente que o objetivo central da recuperação judicial é propiciar a solução da crise enfrentada pelo devedor, com vistas à continuidade da atividade produtiva no mercado, que, por conseguinte, assegura a manutenção de um polo gerador de bens e riqueza para toda a sociedade, sem que se deixe de prestigiar os interesses dos credores.

Nesse sentido, Teixeira (2012, p. 06) afirma que:

O princípio da preservação da empresa no fundo é o grande norteador da Lei n. 11.101/2005, tendo profundos reflexos para o ordenamento jurídico como um todo, uma vez que tem guiado posições na jurisprudência e na doutrina acerca da necessidade da preservação da empresa em detrimento de interesses particulares, seja de sócios, de credores, de trabalhadores, do fisco etc., conforme poderemos perceber no estudo que se segue.

Além disso, o princípio da preservação da empresa deve ser visto ao lado do princípio da função social da empresa (derivado da função social da propriedade), que considera o fato de a atividade empresarial ser a fonte produtora de bens para a sociedade como um todo, pela geração de empregos; pelo desenvolvimento da comunidade que está à sua volta; pela arrecadação de tributos; pelo respeito ao meio ambiente e aos consumidores; pela proteção ao direito dos acionistas minoritários etc.

Verifica-se, portanto, que este é o cerne da distinção entre o antigo modelo – regido pelo revogado Decreto-lei n. 7.661/1945 – em que os interesses dos credores eram atendidos, ou não, em suma, com base na liquidação do patrimônio do devedor, e o atual modelo – estabelecido pela LREF – que, orientado pelos princípios da preservação da empresa e da função social da empresa, prioriza a superação da crise enfrentada pelo devedor, para, a partir daí, propiciar, não só a satisfação dos interesses dos credores, como também a manutenção de empregos e a geração de riqueza propiciada pela continuidade da atividade produtiva.

2.3. ASPECTOS PRÁTICOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Processada integralmente no âmbito do Poder Judiciário, a Recuperação Judicial de Empresas se dá no âmbito de um procedimento iniciado a partir de uma ação judicial, procedimento, este, que ostenta rito próprio de processamento e, como se tem visto, objetiva a solução da crise econômica ou financeira enfrentada pelo devedor.

2.3.1. Natureza Jurídica da Recuperação Judicial

Em relação à natureza jurídica da recuperação judicial, Lobo (2010), que reconhece a existência de correntes de pensamento que defendem posições diversas. Segundo o referido

autor há aquela que defende ser a recuperação judicial de empresas um instituto do direito privado; esta corrente de pensamento é conhecida como **privatista**. E, em contraposição à corrente privatista, ainda segundo o citado autor, existe também a corrente de pensamento que posiciona a recuperação judicial de empresas como instituto de direito público, sendo, por esta razão, denominada **publicista**.

Contudo, sustenta Lobo (2010) que seria mais adequado situar a recuperação judicial de empresas como instituto do direito econômico, visto que o referido ramo do Direito engloba em seu objeto, aspectos tanto do direito público, quanto do direito privado, constituindo-se, em síntese, como um amálgama de ambos.

Acrescenta o referido autor que a recuperação pauta-se pela ideia de eficácia técnica ao buscar o desenvolvimento de condições que propiciem a reestruturação da atividade empresarial em crise, o que possibilita a prevalência dos interesses coletivos, em detrimento de interesses individuais dos credores, mesmo que isso resulte na infringência de sacrifícios parciais dos direitos destes. E conclui que a recuperação fundamenta-se na ética da solidariedade, pois desenvolvida com vistas à satisfação, na medida do possível, dos interesses dos diversos atores envolvidos na crise do devedor e no seu processo de recuperação (credores, empregados, sociedade, etc.), substituindo a lógica do confronto entre devedor e credores pela concepção de sacrifício mútuo (LOBO, 2010).

2.3.2. **Pressupostos da Recuperação Judicial**

Em seu estudo sobre a recuperação judicial de empresas, JORGE LOBO identifica a existência de pressupostos de matriz subjetiva e objetiva. Os pressupostos subjetivos seriam aqueles relacionados com a legitimidade para requerer a recuperação judicial. Enquanto os pressupostos objetivos estariam ligados à “situação de crise econômico-financeira” enfrentada pelo devedor¹ (LOBO, 2010).

2.3.3. **Créditos Abrangidos pela Recuperação Judicial**

O artigo 49, da LREF, estabelece que se sujeitam à recuperação judicial de empresas os créditos vencidos ou vincendos na data do pedido, desde que tenham natureza trabalhista

¹ Nomenclatura atribuída pelo art. 1º, da LREF, àqueles que podem requerer a recuperação judicial de empresas, a saber: o empresário individual e a sociedade empresária.

ou acidentária, ou sejam créditos quirografários, ou com garantia real, ou com privilégio especial ou geral, ou, ainda, sejam créditos subordinados/subquirografários (que são aqueles assim classificados por força de contrato ou de lei).

Cumpra destacar que a LREF mantém fora do âmbito de incidência do processo de recuperação judicial de empresas importantes categorias de crédito, a saber: (I) os créditos existentes contra o devedor em recuperação judicial e exigíveis contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º); (II) os créditos do promitente vendedor de imóvel cujos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, os do proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, os do proprietário fiduciário e os do arrendador mercantil – derivado de contrato de leasing – (art. 49, § 3º); (III) os créditos decorrentes de adiantamento de valor feito ao devedor em contrato de câmbio para exportação - ACC - (art. 49, § 4º c/c. art. 86, II), e, por fim os créditos de natureza tributária (art. 57 c/c art. 187, CTN).

2.3.4. Requisitos da Recuperação Judicial

A LREF prescreve, em seu artigo 48, diversos requisitos a serem observados para que se possa dispor da recuperação de judicial de empresas. Veja-se:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

§ 1º A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

§ 2º Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente. (BRASIL, 2005, p. 10)

Depreende-se da análise do dispositivo transcrito supra que a norma nele insculpida trata de requisitos cumulativos, devendo, os mesmos, ser atendidos em sua integralidade, na forma da lei.

No tocante ao artigo 48, da LREF, em destaque supra, observa Sztajn (2005, p. 222) que a regra prevista no art. 158, inc. I, do revogado Decreto-lei n. 7.661/1945 – que se refere ao exercício do comércio há mais de dois anos, para a obtenção da concordata preventiva – foi

adaptada e transcrita em seu caput, impondo-se como primeiro requisito, para se requerer, também, a recuperação judicial de empresas.

Cabe salientar que o instituto da recuperação judicial não poderá ser aproveitado por aqueles que exerçam atividade empresarial de fato ou irregularmente, ante a expressa exigência de que se exerça regularmente atividade empresarial. Tem-se, portanto, que apenas ao empresário (individual ou sociedade empresária) devidamente inscrito no registro público das empresas mercantis aproveita a recuperação de empresas (art. 48, *caput*, da LREF).

Quanto aos requisitos estabelecidos pelo artigo 48, da LREF, para a concessão da recuperação judicial, pertinente se mostra o entendimento de Beneti (2005, p. 230/231) que afirma que o *caput* do referido artigo expressa um requisito de cunho objetivo, visto que, para o aproveitamento do referido instituto, exige-se o exercício regular de atividade empresarial há mais de dois anos, enquanto nos incisos tem-se a previsão de requisitos subjetivos.

2.3.5. Meios para a Recuperação Judicial

Com vistas a propiciar a continuidade da atividade produtiva “viável” desenvolvida pelo devedor que se encontra em situação de crise econômica e/ou financeira, o legislador elencou, no artigo 50, da LREF, diversos meios pelos quais se pode realizar a recuperação judicial de empresas, dentre os quais, a título exemplificativo, destaca-se: (1) concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas (inciso I); (2) cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente (inciso II); trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados (inciso VII), e (3) venda parcial dos bens (inciso XI).

Verifica-se que o legislador se preocupou em deixar claro que não se trata no artigo 50, de um rol taxativo, mas de um rol exemplificativo, pois, no fim do *caput* do artigo, cunhou a expressão “dentre outros”.

Afirma Beneti (2005, p. 226) que o artigo 50, da LREF, somente elenca meios de recuperação de forma exemplificativa e não exaustiva, o que denota que a norma deixou aberta à criatividade dos empresários e dos juristas a possibilidade de se adotar outros meios para recuperação do devedor em crise, desde que não atentem contra norma de ordem pública,

a moral, a boa-fé ou a função social do contrato.

No que tange à requisitos previstos para a concessão da recuperação judicial de empresas, tem-se, ainda, os requisitos de natureza processual, previstos pelo artigo 51, da LREF.

Fala-se em requisitos de natureza processual, por se entender que o procedimento de recuperação judicial tem início com o ajuizamento da ação que veicula o pedido de recuperação, portanto, não atendidos os requisitos previstos para a referida ação, tem-se que o pedido de recuperação será indeferido, não se processando, assim, a recuperação judicial.

Dispõe o artigo 51, da LREF:

Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

a) balanço patrimonial;

b) demonstração de resultados acumulados;

c) demonstração do resultado desde o último exercício social;

d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

§ 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.

§ 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do **caput** deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.

§ 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes. (BRASIL, 2005, p. 11)

Atendidos, além dos requisitos materiais, os requisitos processuais, o processamento da recuperação judicial se dará na forma do artigo 52, da LREF.

Por fim, sublinha-se que, após o deferimento do processamento da recuperação judicial pelo juiz, não poderá, o devedor, desistir do seu pedido de recuperação judicial, salvo se houver o consentimento da Assembleia-Geral de Credores (LREF, art. 52, § 4º).

2.4. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Conforme prescreve o art. 53, da LREF – a contar da publicação da decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial – terá o devedor prazo de 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, para apresentar o plano de recuperação judicial em juízo.

A prerrogativa da apresentação, em juízo, do plano de recuperação judicial é exclusiva do devedor, que, caso não a exerça no devido prazo, terá a recuperação judicial que lhe foi deferida, convolada em falência; entendimento que se depreende da aplicação conjugada do artigo 53 c/c artigo 73, II, da LREF.

Nesse sentido:

Agravo. Recuperação judicial convolada em falência em razão da não apresentação do plano no prazo de 60 dias. Desídia da empresa devedora. Prazo improrrogável. Sentença de quebra mantida. Agravo improvido. (SÃO PAULO, 2010, p. 02)

Devido à complexidade que, em geral, envolve a realização da atividade empresarial, a elaboração de um plano de recuperação judicial no exíguo prazo de 60 dias torna-se tarefa complexa e, em diversos casos, inviável.

Em situações como essa – em que o prazo legal não é suficiente para a confecção do plano de recuperação judicial – é usual que o devedor comece a elaboração do plano antes mesmo do juízo deferir o pedido de recuperação judicial, podendo, inclusive, ser realizadas negociações preliminares com credores e/ou outros interessados.

Outra medida que tem se tornado mais comum a cada dia é a contratação de organizações especializadas na elaboração de planos de recuperação judicial, que, por contarem com equipes multidisciplinares de profissionais e expertise nesse tipo de trabalho, tendem a desenvolver planos mais consistentes, compatíveis com a realidade do mercado e com maiores chances de aprovação pelos credores.

Tem se verificado, na prática, também, a apresentação pelo devedor de plano genérico apenas para atendimento ao exíguo prazo estabelecido, negociando-se posteriormente com os credores, no âmbito Assembleia-Geral de Credores, os ajustes necessários para sua aprovação.

O plano de recuperação judicial, seja ele elaborado pelo próprio devedor ou por terceiros contratados para tal, tem como escopo a estratégia pautada para recuperação do devedor em crise, que pode ser baseada em medidas não previstas no art. 50 da LREF, ou, ainda, em qualquer outra medida que observe os limites estabelecidos neste dispositivo, visto que tem-se ali um rol apenas exemplificativo e não taxativo.

A LREF, em seu artigo 53, estabelece que, do plano de recuperação judicial, devem constar os seguintes requisitos: (inciso I) detalhamento dos meios de recuperação a serem utilizados; (inciso II) demonstração da viabilidade da recuperação, e (inciso III) laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Como se pode observar, um dos requisitos a serem apresentados pelo plano de recuperação judicial é a demonstração da viabilidade da recuperação, que deve ser entendida como a probabilidade que o devedor tem de se reestruturar econômica e/ou financeiramente a partir da adoção de medidas saneadoras, para assim retomar sua regular atuação no mercado.

A demonstração da viabilidade da recuperação pode ser expressa, por exemplo, pela apresentação de ativo imobilizado a ser alienado, no seu todo ou em parte, a fim de quitar os débitos, ou, ainda, pela propriedade, por parte do devedor, de uma marca (e/ou seus produtos e serviços) com grande renome e boa aceitação no mercado, dentre outras possibilidades.

Esta demonstração de viabilidade deve ser clara e convincente, sob pena de rejeição do plano de recuperação pelos credores em assembleia, pois, como se pôde observar, a LREF não visa socorrer o devedor inviável econômica e/ou financeiramente.

3. OS CREDORES E O PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

No procedimento de recuperação judicial de empresas a norma concursal pátria atribui ao credor um papel de destaque, pois a ele delega a competência para aprovar ou rejeitar o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor em situação de crise.

Impende destacar que, no procedimento de recuperação judicial, a participação do credor não se restringe à sua atuação na Assembleia-Geral de Credores, no curso da votação que aprova ou rejeita o plano de recuperação judicial, podendo se dar, dentre outras, pela sua participação no Conselho de Credores.

Todavia, por restringir-se o objeto do presente estudo à perquirição sobre a configuração do abuso do direito de voto na Assembleia-Geral de Credores, apenas se dissertará a respeito da atuação dos credores na assembleia.

3.1. ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES

Com fundamento na legislação de regência, tem-se que a Assembleia-Geral de Credores é um órgão de vital importância no curso do procedimento de recuperação judicial do devedor em crise, visto que é por meio dela que, em geral, se expressa a vontade da coletividade de credores.

Nessa linha, entende França (2009, p. 09) que “*A assembleia-geral de credores, na Lei 11.101, é órgão que, na recuperação judicial e na falência, manifesta a vontade coletiva da comunhão de credores*”.

Para Saddi (2006), trata-se do máximo órgão deliberativo colegiado composto pelos credores cujos créditos possuídos junto ao devedor o habilitaram para participação no procedimento de recuperação judicial.

Sublinha Coelho (2005, p. 87) que “*as mais relevantes questões relacionadas ao processo de recuperação judicial inserem-se na esfera de competência da assembleia dos credores*”, conceituando, esta, como órgão da recuperação judicial.

Seguindo a mesma linha conceitual – Assembleia-Geral de Credores como órgão da recuperação judicial – Lobo (2009, p. 97) salienta não se tratar de um ato processual, ao argumento de que a assembleia não é realizada na sede do juízo, tampouco sua presidência fica a cargo do juiz da causa, bem como a redação da sua ata não é realizada por serventuário

da justiça e, principalmente, de que as matérias, na ordem do dia, são submetidas à sua apreciação não tem natureza processual, mas, sim, extrajudicial.

Portanto, verifica-se que é consensual o entendimento de que a Assembleia-Geral de Credores é órgão de suma importância para o procedimento de recuperação judicial, visto que responsável pelas deliberações mais importantes no que se refere à recuperação do devedor em situação de crise.

3.2. FUNÇÃO DA ASSEMBLEIA DE CREDITORES

Apresentado pelo devedor o plano de recuperação (art. 53, da LREF), caso sejam manifestadas, pelos credores, objeções a tal plano apresentado (art. 55, da LREF), impõe-se a convocação da Assembleia-Geral de Credores para deliberar sobre a aprovação ou rejeição do plano, nos termos do artigo 56, da LREF.

Como é comum que ao menos um credor manifeste objeção contra o plano de recuperação apresentado pelo devedor, tem-se que, na maior parte dos procedimentos de recuperação judicial, seja pertinente a realização da Assembleia-Geral de Credores, a qual, conforme dispõe o artigo 35, da LREF, convoca-se para: aprovação, rejeição ou, ainda, modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor (inc. I, 'a'); constituição do comitê de credores e escolha de seus membros (inc. I, 'b'); aprovação do pedido de desistência da recuperação judicial (inc. I, 'd', cc. art. 52, § 4º); aprovação da indicação do nome do administrador judicial, quando afastados os gestores da recuperanda (inc. I, 'e'); e deliberação sobre qualquer matéria de interesse dos credores (inc. I, 'f').

Ao se analisar a LREF depreende-se que o legislador a concebeu com vistas à promoção de uma participação mais proativa dos credores no âmbito do procedimento de recuperação judicial, com participação direta nas deliberações, sendo-lhe, inclusive, delegada competência para avaliar a viabilidade do devedor em crise, que, caso seja considerado inviável, pode ter sua recuperação convolada em falência.

Expressa entendimento que segue a mesma linha, Andrade (2005, p. 177), ao ensinar que:

A assembleia geral de credores foi instituída pela nova lei de regência com o escopo de outorgar aos credores uma ativa participação no processo de recuperação de empresas em dificuldade de atuação no mercado econômico e no processo de falência. Essa efetiva participação é proporcionada por diversos mecanismos de atuação que vão desde a aferição da viabilidade da recuperação da empresa até

formas alternativas de liquidação dos bens do falido.

Tem-se, assim, a expressa atribuição, pelo legislador, para a Assembleia-Geral de Credores, da função deliberativa, nos termos do art. 35, *caput*, da LREF).

Ao analisar a função da Assembleia-Geral de Credores sob a ótica da LREF, Saddi (2005, p. 203) conclui: “*Portanto, a Assembleia tem, por um lado, natureza deliberativa e, por outro, modo de exercício de poder*”.

Entendimento similar é expressado por França (2006, p. 188) quando defende que a assembleia – por ser um órgão que representa a vontade da coletividade dos credores, manifestando-as através das suas deliberações – exerce um poder-função ao deliberar sobre questões atinentes à recuperação judicial do devedor em crise.

Mange (2010, p. 30) acrescenta que: “*Essa foi uma clara opção legislativa que se constitui num dos pontos mais importantes do novo sistema falimentar brasileiro*”.

França (2006, p. 08) leciona que:

A Lei 11.101, seguindo as modernas legislações falimentares dos diversos países, parece inspirada no assim chamado ‘princípio da autonomia dos credores’ segundo o qual os credores, como os principais envolvidos na insolvência da empresa devedora, devem decidir sobre as mais relevantes questões ocorrentes no processo de recuperação ou falência”.

Resta evidente o intuito do legislador de tornar os credores mais participativos no procedimento de recuperação judicial do devedor em crise, visto que eles são os maiores interessados e, na maior parte dos casos, os mais afetados pelos resultados advindos de tal procedimento. Isto posto, a LREF transfere aos credores a atribuição para decidir sobre a aprovação do plano de recuperação ou sua rejeição, que resulta na decretação da falência do devedor em situação de crise.

Neste ponto, impende ressaltar que a LREF, ao mesmo tempo que prestigia a autonomia dos credores, atribuindo-lhes a competência para deliberar sobre questões atinentes ao procedimento de recuperação de empresas, estabelece parâmetros para a atuação dos mesmos, parâmetros, estes, fundamentados, principalmente, nos princípios da preservação da empresa e da função social da empresa.

Por conseguinte, tem-se que, também, as deliberações oriundas da Assembleia-Geral de Credores devem privilegiar, sempre que possível, a adoção de medidas que resultem na continuidade da atividade produtiva desenvolvida pelo devedor submetido ao procedimento de recuperação judicial, prevalecendo, assim, a ética da solidariedade em detrimento dos

interesses individuais dos credores.

3.2.1. **Plano de Recuperação Judicial: aprovação, modificação ou rejeição (art. 35, I, 'a', da LREF)**

Para que a Assembleia-Geral de Credores seja convocada é necessário que tenha sido apresentada objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, conforme consignado anteriormente. Caso contrário, não havendo objeções ao plano de recuperação, *ipso facto*, tem-se a sua aprovação.

Convocada a Assembleia-Geral de Credores para a aprovação, modificação ou rejeição do plano de recuperação judicial – que segundo Mangue (2010) é a principal competência da Assembleia-Geral de Credores no âmbito da recuperação judicial – necessário se faz que os credores que participarem da assembleia ostentem um profundo conhecimento sobre o plano de recuperação, para que, assim, possam propor modificações coerentes com os interesses coletivos envolvidos no procedimento de recuperação judicial, com vistas a viabilizar sua aprovação.

Com relação à modificação do plano de recuperação, deve-se ter sempre em perspectiva que a LREF exige o consentimento do devedor para realizá-la, bem como impede que o próprio devedor, ou qualquer outro interessado, apresente, antes da realização da assembleia de credores, plano de recuperação alternativo, o que implica em sérias dificuldades para a elaboração de um plano consensual que propicie a sua aprovação pelo conclave de credores.

Essa limitação imposta pelo legislador tem recebido diversas críticas por parte da doutrina, por entender-se que, por conta da referida limitação, o espaço para a realização das negociações relacionadas aos termos do plano de recuperação resta extremamente exíguo, o que reduz, também, as chances da sua aprovação.

Segue nessa linha a crítica tecida por Munhoz (2006, p. 276) ao fato de que a LREF “[...] não permite, porém, que até a assembleia geral o plano seja modificado pelo próprio devedor, nem admitiu que os credores ou comitê de credores possam apresentar plano alternativo, antes da realização do conclave”.

Como visto, reduzido o espaço de diálogo e negociação entre devedor e credores, aumenta-se substancialmente a probabilidade de rejeição do plano de recuperação judicial.

Porém, com intuito de garantir maior eficiência ao procedimento de recuperação judicial, a jurisprudência tem atenuado o rigor da lei e, atualmente, pode-se dizer que tem se tornado usual a alteração do plano de recuperação no âmbito da Assembleia-Geral de Credores, o que implica diretamente na superação de tal entrave.

Entretanto, caso o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor seja rejeitado, prescreve o art. 56, § 4º, da LREF que a recuperação judicial seja convolada em falência.

Cumpra-se destacar que – apesar de haver expressa previsão da conversão da recuperação judicial em falência quando rejeitado o plano de recuperação proposto, como observado supra – a jurisprudência tem mitigado, também, a aplicação do referido dispositivo, ao permitir que o devedor ofereça um plano alternativo de recuperação.

3.2.2. Comitê de Credores: constituição e escolha de seus membros (art. 35, I, ‘b’, da LREF)

A constituição do comitê de credores, bem como a escolha de seus membros incumbe, também, à Assembleia-Geral de Credores. Trata-se de uma faculdade que o legislador prescreveu para este órgão da recuperação judicial.

Nesse sentido, Macedo Mange (2006, p. 74) observa que:

Ser facultativa a criação do Comitê de Credores foi a forma que o legislador encontrou para que, quando criado, esse órgão efetivamente funcione. De fato, havendo vontade política dos credores de o criar presume-se que irão exigir resultados de seus componentes. A Lei de Recuperação de Empresas está pretendendo que haja uma mudança na cultura dos credores. Ou seja, que passem de uma atitude passiva e distante dos problemas da empresa em recuperação ou falida, para uma efetiva participação e acompanhamento do processo.

Estabelece a LREF, em seu artigo 26, *caput*, que o comitê de credores poderá ser instituído por deliberação de qualquer das classes de credores abrangidas pela recuperação judicial, estando as atribuições do referido órgão enumeradas no artigo 27, da referida norma.

Salienta-se, ademais, que a constituição do comitê de credores implica na necessidade de realização de consulta, pelo juízo da recuperação, para a realização de diversos atos previstos na LREF, o que resulta em maior burocratização do procedimento de recuperação, podendo, por conseguinte, elevar o tempo dispendido, bem como gerar custos e despesas desnecessárias.

Por essa razão, entende Coelho (2005, p. 87) que – caso não seja de grande monta a atividade empresarial desenvolvida e não haja nenhuma causa específica a justificar a formação da instância consultiva – a instalação do Comitê de Credores “[...] *representará apenas burocracia e perda de tempo, sem proveito algum para o processo falimentar ou de recuperação*”.

3.2.3. **Pedido de Desistência da Recuperação Judicial: aprovação ou rejeição (Art. 35, I, ‘d’, c/c. art. 52, § 4º, da LREF)**

Entendendo que os credores - maiores interessados em obter o melhor desfecho possível para o procedimento de recuperação judicial – são os mais aptos para decidir sobre a situação dos seus créditos, o legislador lhes conferiu a prerrogativa de decidir sobre o pedido de desistência da recuperação judicial apresentado pelo devedor.

Nesse sentido, a LREF estabelece que para a aprovação do pedido de desistência, pela Assembleia-Geral de Credores, é necessário apenas que seja atingido o quórum ordinário previsto no artigo 42.

Para autores como Coelho (2005), por exemplo, esta não é a melhor forma de se abordar a questão da desistência da recuperação judicial, pois cria no instituto da recuperação judicial uma brecha que pode ser aproveitada pelo devedor cujo interesse único seja locupletar-se às custas dos credores.

Segundo o referido autor, após a obtenção do despacho que autoriza o processamento da recuperação judicial, tal devedor pode negociar suas obrigações passivas, através de um comissário, com os credores de modo a obter um desconto considerável e, tendo arregimentado credores suficientes para compor o quórum mínimo, aprovar na assembleia de credores o pedido de desistência feito pelo devedor mal intencionado (COELHO, 2005).

No entanto, a opção do legislador está posta e, como destaca Mange (2010, p. 37), “*o tempo para eventual comissário negociar créditos por conta do devedor é bastante curto*”, visto que, conforme dispõe o artigo 56, § 1º, da LREF, a realização da Assembleia-Geral de Credores deverá se dar em 150 (cento e cinquenta) dias, contados a partir do deferimento do processamento da recuperação judicial.

3.2.4. O Administrador Judicial: aprovação do indicado (art. 35, I, 'e', da LREF)

A LREF estabelece como regra geral, em seu artigo 64, *caput*, a manutenção dos administradores da empresa do devedor em recuperação judicial nos cargos que ocupam e na condução da mesma, submetendo-os a fiscalização do comitê de credores e do Administrador Judicial, que durante o procedimento de recuperação judicial exerce apenas função fiscalizatória, assumindo função de gestor apenas em caso de falência do devedor.

Todavia, o referido dispositivo legal, em seus incisos, estabelece as hipóteses nas quais os dirigentes da empresa do devedor em crise devem ser afastados, dando lugar ao Administrador Judicial na condução do negócio.

Verificada alguma das hipóteses de afastamento previstas nos incisos do artigo 64, da LREF, apresenta-se também uma das condições que ensejam a convocação da Assembleia-Geral de Credores, esta feita para deliberar sobre a escolha do gestor judicial que assumirá a administração da atividade produtiva do devedor em recuperação judicial (artigo 35, I).

O afastamento dos dirigentes e a sua substituição pelo Administrador Judicial na condução da empresa do devedor em situação de crise são temas que suscitam árduas discussões no âmbito do procedimento de recuperação judicial. Nesse sentido, segue a perspicaz observação feita por Macedo Mange (2006, p. 72) ao mencionar que:

Afastar os dirigentes da empresa, em geral seus controladores, no curso do procedimento de Recuperação Judicial sempre irá gerar discussões. Se houver a efetiva recuperação a empresa terá de ser 'devolvida' aos seus anteriores dirigentes. Nessa hipótese os credores irão alegar que, com seu sacrifício, geraram benefícios aos controladores de sua devedora. De outro lado, havendo a falência, será a vez dos dirigentes destituídos (e demais sócios ou acionistas) alegarem que foram prejudicados pela má administração do Gestor Judicial. A solução dessa questão é bastante difícil.

Contudo, em certos casos, o afastamento dos dirigentes das suas funções na empresa do devedor em crise mostra-se indispensável para o bom andamento do procedimento de recuperação judicial, daí decorrendo a iniciativa do legislador de estabelecer, nos incisos do artigo 64, da LREF, as hipóteses para tal.

Para mitigação dos problemas ocasionados pela destituição forçada dos dirigentes, Mange (2010, p. 39) entende que:

Uma solução intermediária seria negociar a substituição dos dirigentes e prever isso no plano de recuperação de comum acordo entre credores e devedor. Dessa forma, os novos dirigentes poderiam ser indicados pelo devedor, com a concordância dos credores. Assim, a substituição dos dirigentes seria menos traumática.

Concorda-se que a solução supracitada pode amenizar as tensões entre devedor e credores no tocante a substituição dos dirigentes da atividade em crise, porém, cabe destacar que tal solução só aplica-se àquelas hipóteses em que a necessidade de substituição apresente-se antes da aprovação do plano de recuperação, restando imprevistas soluções para os casos em que a necessidade de substituição se apresente no curso da recuperação.

3.2.5. Demais Matérias de Interesse dos Credores: deliberação no âmbito da assembleia-geral de credores (art. 35, I, 'f', da LREF)

Conforme anteriormente observado, compete aos credores, no curso da recuperação judicial, deliberar sobre as questões que julgarem relevantes e a Assembleia-Geral de Credores é o foro adequado para a tomada de tais decisões.

Para que qualquer matéria de interesse dos credores seja decidida em assembleia, necessário se faz que o edital de convocação traga previsão expressa da colocação da mesma em pauta para deliberação. Este expediente foi estabelecido pelo legislador com vistas a evitar que tanto devedor, quanto credores sejam surpreendidos e tenham seus interesses prejudicados sem que tenha a oportunidade de se manifestar.

3.3. COMPETÊNCIA E FORMA DE CONVOCAÇÃO DA ASSEMBLEIA

Inicialmente, afigura-se de suma importância esclarecer que o administrador judicial (artigo 22, I, 'g', da LREF), o devedor, os credores e o comitê de credores (artigo 27, I, 'e', da LREF), têm a prerrogativa de requerer a realização da assembleia.

Todavia, não se pode confundir a prerrogativa de requerer a realização da assembleia com a competência para a sua convocação. A convocação da assembleia é de competência exclusiva do juiz (artigo 36, caput, da LREF), a quem são submetidos todos os requerimentos apresentados com vistas à realização da assembleia.

No que tange a forma de convocação da assembleia, a LREF determina que seja realizada mediante a publicação de edital efetuada em órgão oficial e em jornal de grande circulação nas localidades em que haja filiais da empresa do devedor em recuperação.

Em casos nos quais a empresa do devedor em recuperação conta com filiais dispersas por todo o país, tem se admitido que a publicação do edital seja realizada apenas no Diário

Oficial e em jornal de circulação nacional, pois se tem entendido que – seja pelo elevadíssimo custo gerado ou pela enorme dificuldade de se realizar a publicação simultaneamente nos diversos jornais das inúmeras localidades onde haja filiais – torna-se inviável o cumprimento de tal formalidade como estabelecida pela LREF.

Como forma de superar as dificuldades oriundas da aplicação da norma como redigida atualmente, Mange (2010, p. 41) aduz que:

Portanto, essa formalidade poderia ser substituída, sem nenhum problema, por convocação disponibilizada na internet, no site da sociedade em recuperação, no site do administrador judicial ou mesmo no site do tribunal em que tramita a recuperação judicial. Sem prejuízo do envio de e-mail e carta aos credores que, certamente, seria muito mais efetivo do que publicar editais. Isso reduziria os custos do processo de recuperação judicial, que são altos e oneram demais o devedor em dificuldade financeira.

Sublinha-se, ainda, que existe a previsão legal para que seja afixada, de forma ostensiva, na sede da empresa do devedor em recuperação judicial e em suas filiais, uma cópia do edital de convocação (artigo 36, § 1º, da LREF).

3.4. COMPOSIÇÃO DA ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDITORES

A LREF, em seu artigo 41, dispõe sobre os credores aptos a participar da Assembleia-Geral de Credores, organizando-os em quatro classes distintas, a saber: (i) **classe I** - formada pelos titulares de créditos trabalhistas ou decorrentes de acidente de trabalho; (ii) **classe II** - composta pelos credores titulares de créditos com garantia real; (iii) **classe III** - integrada por aqueles que são titulares de créditos quirografários, de créditos com privilégio especial, geral e créditos subordinados e, (iv) **classe IV** – abrange os titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Essa forma de composição dos credores adotada pelo legislador pátrio tem recebido severas críticas de autores que entendem que juntar em uma mesma classe titulares de créditos quirografários e titulares de créditos com privilégio, seja ele especial ou geral, é algo que pode comprometer seriamente a possibilidade de aprovação do plano de recuperação nessa classe, visto que os interesses destes (titulares de créditos com privilégio) são divergentes dos interesses daqueles (titulares de créditos quirografários).

É nessa linha de entendimento que segue Coelho (2005, p. 118), senão veja-se:

Enquanto estes últimos [credores com privilégios], exatamente por gozarem de preferência na falência, tendem a ser menos receptivos às propostas de alteração,

novação ou renegociação de seus créditos no âmbito da recuperação judicial, os quirografários em geral se abrem mais facilmente a tais propostas. Isso porque a falência do devedor certamente impedirá que os quirografários tenham seus créditos atendidos. Em outros termos, é muito diferente o risco de não recebimento do crédito que enfrentam os quirografários, de um lado, e os titulares de privilégio, de outro.

Parece evidente que a vantagem da qual goza o titular de créditos com garantia real, em caso de falência do devedor em crise, pode inibir seu interesse em ver aprovado um plano de recuperação que lhe imponha certo grau de sacrifício, enquanto que para os titulares de créditos quirografários mostra-se mais vantajosa a aprovação de um plano de recuperação judicial que sacrifique parte dos seus créditos do que a decretação da falência, na qual dificilmente terá qualquer satisfação dos seus créditos.

Assim, com fundamento nos princípios orientadores da LREF, a saber, os princípios da preservação da empresa e da sua função social, entende-se que teria sido mais coerente que o legislador dispusesse tais credores em categorias distintas, maximizando assim a possibilidade de aprovação do plano de recuperação judicial pela Assembleia-Geral de Credores.

Importante, ainda, salientar que para que um credor possa participar da assembleia é necessário que seus créditos estejam sujeitos aos efeitos do procedimento de recuperação judicial, conforme se depreende do disposto no artigo 49, da LREF, que estabelece, como regra geral, que todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, estão sujeitos à recuperação judicial.

Cumpre, porém, observar que tal regra comporta exceções. Exceções, estas, previstas nos parágrafos terceiro e quarto do artigo supramencionado, dentre as quais se destaca, a título meramente exemplificativo, a não submissão de créditos oriundos de alienação fiduciária, bem como de arrendamento mercantil ao regime da recuperação judicial.

3.4.1. Participação em Votação na Assembleia-Geral de Credores

A determinação daqueles credores que terão direito de votar na Assembleia-Geral de Credores encontra-se prevista no artigo 39, da LREF que estabelece que terão direito a voto os titulares de créditos arrolados no quadro geral de credores ou, na falta deste, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial ou ainda, na falta desta, na relação de credores apresentada pelo devedor, acrescidos, em qualquer destes casos, dos titulares de créditos que estejam habilitados na data da realização da assembleia ou que tenham créditos

admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive os que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1 e 2 do art. 10 desta Lei.

Para Mange (2010, p. 47) “*essas três listas são peças fundamentais do procedimento de verificação de créditos (artigos 9º a 20, da LFR), instituído para que se possa aferir, com exatidão, quem são e quais os valores dos créditos sujeitos a recuperação judicial.*”

A primeira a ser formulada é aquela elaborada pelo devedor e que deve, obrigatoriamente, instruir a petição que veicula o pedido inicial da recuperação judicial e, conforme prescreve o § 1º, II, do artigo 52, da LREF, deverá constar de edital a ser publicado em órgão oficial competente.

A partir da publicação deste edital, como prescreve o § 1º, do artigo 7º, da LREF, os credores dispõem de um prazo de 15 (quinze) dias para apresentarem suas habilitações ou suas divergências ao administrador judicial que, vencido este prazo, deverá publicar em 45 (quarenta e cinco) dias edital contendo, dentre outros, a nova relação de credores (§ 2º, do artigo 7º, da LREF), sendo esta a segunda lista.

Conta-se a partir da publicação, pelo administrador judicial, deste edital o prazo de 10 (dez) dias, previsto no artigo 8º, da LREF, para a apresentação de impugnação contra a relação de credores. Julgadas as referidas impugnações elabora-se o quadro geral de credores, que é a terceira e mais exata lista de credores.

Entretanto, a aplicação prática da LREF a casos concretos tem evidenciado – seja pela excessiva judicialização do procedimento, seja pelo curto prazo fixado para a realização do conclave, a saber, 150 (cento e cinquenta) dias² – a extrema dificuldade de se realizar a verificação dos créditos em tempo hábil para se elaborar o quadro geral de credores, para que, com base nele, se realize a assembleia.

Antecipando-se a essa possibilidade, o legislador fez constar da LREF a determinação de que a assembleia seja realizada com base na última relação de credores publicada (artigo 39), admitindo-se, inclusive, a participação de credores cuja habilitação dos créditos tenham se dado até a data da assembleia (artigo 39, *caput*, parte final), bem como daqueles credores que tenham obtido – em sede de agravo de instrumento, na forma do artigo 17, parágrafo único – provimento cautelar determinando a inclusão ou a modificação do valor ou da classe

² Na prática tem sido admitida a mitigação dos prazos estabelecidos pela LREF em função de circunstâncias do caso concreto que justifiquem tal medida. (vide REsp 1610860/PB, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)

dos seus créditos.

Merece destaque, também, o fato de ter sido estabelecido pelo legislador pátrio, no artigo 43, da LREF, disposição que obsta o direito de voto dos credores que ostentem alguma das seguintes condições: (i) sócio do devedor; (ii) sociedades coligadas ou controladoras ou controladas; (iii) sociedades com sócios ou acionistas com participação superior a 10 % (dez por cento) do capital social do devedor; (iv) sociedades em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10 % (dez por cento) do capital social.

Sem embargo, tais credores não estão impedidos de participar da assembleia, visto que a eles é assegurado o direito a voz, sendo-lhes vedado apenas o direito ao voto e desconsiderada sua presença para fins de verificação do quórum de instalação e de deliberação.

Percebe Mange (2010, p. 49) que “[...] *identificar esses credores nem sempre é tarefa simples. Podem haver sócios ocultos difíceis de identificar.*”

Ainda, com relação à participação na assembleia, é importante se ressaltar que o credor pode fazer-se representar por mandatário ou representante legal, sendo exigido pela LREF, artigo 37, § 4º, que o representante entregue ao administrador judicial – no mínimo 24 (vinte e quatro) horas antes da realização da assembleia – documento que o habilite para exercer tal representação, seja através da comprovação de poderes específicos ou pela indicação, nos autos, do instrumento que lhe constituiu como representante.

Tratando-se de credor titular de crédito trabalhista, este pode fazer-se representar pelo sindicato que representa a sua categoria profissional. Para que esta representação seja possível faz-se necessário que o respectivo sindicato apresente – com no mínimo 10 (dez) dias de antecedência em relação à data de realização da assembleia – a relação dos seus associados que serão representados (artigo 37, § 6º, I, da LREF).

No tocante à representação dos titulares de créditos trabalhistas por seus respectivos sindicatos, bem leciona Saddi (2005, p. 208) ao esclarecer que “*o intuito é fazer com que o trabalhador seja representado; se não puder estar presente, ou se optar por uma representação coletiva, o sindicato poderá agir como representante legal*”.

Merece uma atenção destacada a atuação dos sindicatos como representantes de seus associados na assembleia de credores, isto porque é muito comum que os credores trabalhistas não tenham condições de comparecer pessoalmente à assembleia. Assim, estar representados

pelos seus respectivos sindicatos pode significar, para os credores trabalhistas, ter garantida a defesa de seus interesses no curso do conclave.

3.4.2. Quóruns

São dois os quóruns a serem analisados no presente estudo. O primeiro é o quórum que precisa ser alcançado para a instalação da assembleia e o segundo é o quórum exigido para a tomada de decisão, ou seja, o quórum de deliberação.

3.4.2.1. Quórum de Instalação

Estabelecido pelo artigo 37, § 2º, da LREF, o quórum de instalação é computado apenas pelo valor dos créditos presentes em cada uma das classes.

A primeira parte do § 2º, do artigo 37, prescreve o quórum de metade dos créditos de cada classe, como dito, computados pelo valor dos créditos, para a instalação da assembleia em primeira convocação.

Para instalação em segunda convocação não se exige um quórum específico, dispõe a parte final do § 2º, do artigo 37, que em segunda convocação a assembleia se instala com a presença de qualquer número de credores.

3.4.2.2. Quórum de Deliberação

Para o desenvolvimento do presente estudo, cujo cerne é a busca pela compreensão da forma como se caracteriza, ou não, o abuso do direito de voto na Assembleia-Geral de Credores, afigura-se de suma importância entender como se conforma o quórum de deliberação, bem como perceber a influência que a estruturação adotada pelo legislador para esse quórum exerce na formação da vontade coletiva que se obtém a partir da composição dos diversos interesses envolvidos no procedimento de recuperação judicial.

Pertinente sublinhar, também, que a estruturação do quórum de deliberação pode influenciar tanto na tomada de decisão dos credores em cada classe, quanto na harmonização das decisões tomadas com conteúdo dos princípios que orientam a LREF, a saber, o princípio da preservação da empresa e da sua função social.

Nessa perspectiva, inicia-se a abordagem deste ponto com o esclarecimento de que, para o deferimento do pedido de recuperação judicial pelo juízo, faz-se necessário que o plano de recuperação seja aprovado, em regra, em todas as classes de credores, a saber, (i) Classe I - a dos credores trabalhistas; (ii) Classe II - a dos credores com garantia real; (iii) Classe III - a dos credores quirografários e, (iv) Classe IV – a dos credores que são Microempresas ou empresas de pequeno porte – EPP.

Importante se mostra observar que o legislador estabeleceu quóruns de deliberação diferenciados entre as diferentes classes, observadas as características peculiares dos créditos componentes de cada classe de credores.

Na classe dos credores trabalhistas, bem como na dos credores que são microempresas ou empresas de pequeno porte (Classes I e IV) a aprovação do plano de recuperação se dá por meio da obtenção do voto da maioria simples dos credores presentes, contados por cabeça, sendo indiferente o valor do crédito de cada credor (artigo 45, § 2º, da LREF).

Nessas classes a votação se dá apenas por cabeça, visto que entendeu o legislador que estes credores ostentam a mesma importância no cenário da recuperação judicial, independentemente do valor dos seus créditos.

Para Mange (2010, p. 52) “[...] a própria natureza alimentar do crédito trabalhista impediria que os créditos de maior valor tivessem mais peso na Assembleia-Geral de Credores”.

Diferentemente do que ocorre na classe dos credores trabalhistas, na classe dos credores com garantia real (Classe II) e na dos credores quirografários (Classe III), para ser aprovado, o plano de recuperação precisa obter os votos da metade dos credores sendo seus créditos computados pelo seu valor, bem como precisa obter, cumulativamente, os votos da maioria simples dos credores presentes, ou seja, computados por cabeça (artigo 45, § 1º, da LREF).

Conforme apresentado supra, adota-se tanto na Classe II, quanto na Classe III, para a aprovação do plano de recuperação judicial, o sistema de aprovação por dupla maioria, no qual o plano só é aprovado nessas classes quando se alcança a maioria por cabeça, cumulada com a votação de mais da metade dos créditos computados pelo seu valor. Esse sistema de aprovação é adotado, segundo Mange (2010, p. 52), para evitar abusos dos maiores credores.

Ainda no que diz respeito à votação para deliberação sobre o plano de recuperação,

cabe ressaltar que – conforme dispõe o artigo 45, § 3º, da LREF – não terão direito a voto na assembleia os credores cujas condições originais de seus créditos não sejam alteradas pelo plano de recuperação.

Como já se viu anteriormente, outras matérias são submetidas à votação no âmbito da Assembleia-Geral de Credores e para deliberação sobre essas matérias a lei prevê quóruns diferenciados.

É o caso da votação para composição do comitê de credores na qual cada classe elege o seu representante. Já para as demais questões submetidas à deliberação da assembleia aplica-se o disposto no artigo 42, da LREF, que estabelece o quórum geral de deliberação, a saber, mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia.

4. A COLETIVIDADE DE CREDORES

No curso do presente estudo, tem-se visto como ocorre o desenvolvimento do procedimento de recuperação judicial de empresas, pode-se observar a forma como se processa a Assembleia-Geral de Credores e salientar quais credores dela podem participar, bem como aqueles aos quais a LREF veda o direito de votar no âmbito da assembleia. A partir deste ponto passa-se à abordagem das questões que constituem o cerne deste estudo.

Inicialmente impende lembrar que a LREF apresenta como princípios orientadores o princípio da preservação da empresa que é complementado pelo princípio da função social da empresa.

Com esta premissa em perspectiva, entende-se que toda a atuação da coletividade de credores deve ser interpretada à luz daqueles princípios e por eles balizada de modo a se concretizar o fim para o qual a LREF se destina, a saber, a mitigação dos prejuízos causados aos credores pela crise enfrentada pelo devedor, resguardando a essencial promoção do bem estar do conjunto da sociedade, o que pode ser entendido como o espírito da lei, o cerne do microsistema recuperacional e falimentar pátrio.

Nesse sentido, observa Satiro (2013, p. 101/102) que:

Como acontece na maioria dos países de economia capitalista, principalmente após a publicação da primeira versão dos 'Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems' pelo Banco Mundial em 2001, o Brasil, desde 2005, com a entrada em vigor da LRF, reconhece a preservação da empresa como valor a ser protegido (arts. 47 e 75). Preservar a organização dos meios de produção garantindo uma eficiente alocação dos recursos produtivos e essencial para que não se desperdice riquezas.

Muito mais que os simples interesses de seus titulares, é a função social-econômica da empresa, refletida nos empregos que representa, nas riquezas que gera e movimenta, nas alternativas que oferece para o mercado, na base que fornece ao desenvolvimento econômico do ambiente em que atua, que justifica a preocupação com sua preservação.

Assim, é possível ver que os diversos processos desenvolvidos no curso de um procedimento de recuperação judicial devem ser orientados pelos princípios basilares que fundamentam a existência da LREF.

Resta evidente, também, que a conduta dos credores – atores de suma importância, cuja atuação pode ser determinante para o sucesso ou fracasso da recuperação judicial – é influenciada por tais princípios, todavia, não sendo limitada por eles.

No tocante a interação entre os credores ressalta Buschinelli (2014, p. 29) que:

Enquanto um devedor é solvente, na maioria das vezes, seus credores não se conhecem. Sob o ponto de vista jurídico, a relação entre os credores é marcada pela imunidade. Cada credor pode exercer sua pretensão em face do devedor de forma autônoma, e não será afetado por decisões tomadas pelos demais credores. Não há igualdade. Entre os credores vige a competição. (*prior in tempore potior iure*).

Contudo, essa realidade altera-se completamente quando o devedor passa a enfrentar uma situação de crise e, em decorrência desta, recorre à justiça com vistas à obtenção dos benefícios que a LREF oferece.

Ao discorrer sobre as razões que conduzem à necessidade de se desenvolver arcabouço jurídico que facilite e dê suporte à realização, entre o devedor e seus diversos credores, de negociações capazes de reverter a situação de crise enfrentada pelo devedor, Satiro (2013, p. 102/103) ilustra de forma brilhante o papel da norma regulamentadora na alteração que se observa na relação dos credores entre si, bem como a relação destes com o devedor. Veja-se:

Nada impede que um empresário em dificuldades componha-se livremente com seus credores independentemente da existência de um arcabouço normativo específico. Entretanto, a realidade mostra que, especialmente diante da complexidade estrutural das atividades empresariais atuais e da multiplicidade de credores com interesses e objetivos no mais das vezes incompatíveis, a tarefa de negociação e composição de débitos, ou mesmo de reestruturação de negócios, tende a ser inefetiva, quando não impossível.

Identificou-se assim a necessidade de, ao lado do imprescindível procedimento de liquidação dos agentes financeira ou economicamente inviáveis (representado pela falência), oferecer-se ao empresário em dificuldades ferramentas que reduzissem os custos de transação, desestimulassem comportamentos oportunistas e organizassem de uma forma minimamente racional as ações dos seus credores, de modo a possibilitar um coordenado processo de negociação e decisão. Esse procedimento negociado de reorganização, no Brasil toma a forma de recuperação judicial e recuperação extrajudicial.

Assim como na falência a Lei se impõe a fim de organizar a liquidação dos ativos e a satisfação dos credores em condição de igualdade ("*par conditio creditorum*", ou "*pari passu*" como preferem os autores ingleses), na recuperação e preciso coordenar, pela via normativa, os interesses envolvidos a fim de evitar que a busca pela satisfação individual resulte na impossibilidade de preservação da empresa viável.

Conforme evidenciado supra, a LREF objetiva, primordialmente, a organização e coordenação dos diversos interesses envolvidos no procedimento de recuperação, com vistas à preservação da empresa viável titularizada por devedor que enfrenta dificuldades econômico-financeiras e dentre as atividades previstas para a realização de tal organização e coordenação, pode-se verificar àquelas ligadas à limitação e/ou controle do exercício, pelos credores, de direitos decorrentes dos créditos dos quais são titulares.

Nessa linha, Buschinelli (2014, p. 29) destaca que:

Com o início de um procedimento concursal, a situação se altera. Os credores exercem seus direitos de forma coletiva; decisões majoritárias podem ser impostas a credores dissidentes; como princípio fundamental, vale a igualdade (*par conditio*

creditorum).

Essa alteração não deriva de um ato voluntário de sujeição de cada credor às regras emanadas pela coletividade. Os efeitos legais são impostos como decorrência da situação de insuficiência patrimonial enfrentada pelo devedor.

Como se pode observar, com o início do procedimento concursal tem-se a reunião dos diversos credores em uma coletividade na qual a atuação individual de cada um tem o condão de influenciar a esfera jurídica dos demais, decorrendo daí a importância de se conhecer as principais características dessas coletividades e das relações que se desenvolvem entre os credores que as compõem.

4.1. NATUREZA JURÍDICA

Na tentativa de se determinar a natureza jurídica da coletividade de credores, diversas foram as teorias desenvolvidas tanto no campo doutrinário quanto no âmbito jurisprudencial. Todavia, com o passar do tempo, tem se consolidado em diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, a teoria que qualifica a natureza jurídica da coletividade de credores como sendo uma “comunhão de interesses”.

Nesse sentido, ao analisar a matéria, Buschinelli (2014, p. 35) observa que:

Na atualidade, a teoria prevalecente na Alemanha, na Itália e no Brasil para definir a natureza da relação jurídica estabelecida entre a coletividade de credores é a de que estes formam uma comunhão de interesses (Interessengemeinschaft), a partir do momento em que é iniciado o procedimento concursal.

A “Teoria da Comunhão de Interesses” origina-se de um estudo desenvolvido por Jhering (1871, p. 273, apud BUSCHINELLI, 2014) com objetivo de verificar os efeitos das relações jurídicas sobre terceiros a elas alheios.

No curso do referido estudo, Jhering (1871, p. 273, apud BUSCHINELLI, 2014, p. 35) identificou, nas fontes romanas, uma nova categoria jurídica e analisando-a depreendeu o fenômeno da comunhão de interesses e observou que – em diversas situações retratadas nas fontes romanas – ações de uma pessoa irradiavam seus efeitos jurídicos sobre a esfera de interesse de outra pessoa, mesmo quando não havia, por parte do agente, a pretensão de afetar interesses de terceiros.

Sucessor de Jhering nos estudos sobre a figura da Comunhão de Interesses, Heck (1889, p. 557, apud BUSCHINELLI, 2014, p. 37) aprofundou-os, atribuindo à referida figura novos contornos e dando-lhe a conotação com a qual ela é empregada no presente trabalho.

Ao observar que dentre as situações descritas por Jhering como Comunhão de Interesses havia aquelas nas quais os interesses das partes eram paralelos, bem como existiam, também, outras tantas em que os interesses a elas relacionados eram conflitantes, Heck procura tornar mais precisa a nomenclatura atribuída ao instituto.

Nesse sentido, Heck (1889, p. 568/575, apud: BUSCHINELLI, 2014, p. 37) – por discordar da denominação atribuída por Jhering ao instituto – para classificar o gênero composto tanto pelas situações reputadas como comunhão de interesses em sentido estrito (*Interessengemeinschaft im engeren Sinn*), quanto por aquelas situações nas quais se verifica a existência de conflito de interesses (*Interessenkonflikt*), optou por adotar a expressão “Coligação de Interesses” (*Interessenverbindung*).

Mesmo tendo Heck se tornado, posteriormente, um dos maiores expoentes da jurisprudência dos interesses, o instituto em comento se consolidou na doutrina jurídica com o nome a ele atribuído por Jhering, pioneiro nos estudos sobre o instituto da Comunhão de Interesses (BUSCHINELLI, 2014, p. 38).

Entretanto, deve se manter em perspectiva que a figura da Comunhão de Interesses qualifica, também, a situação de conflito de vontades que se reflete na contraposição de interesses, para a qual se destina a intervenção do Estado por meio da LREF, com vistas à solução da situação de conflito para a obtenção de soluções consensuais voltadas à superação da crise econômico-financeira enfrentada pelo devedor em recuperação.

Segue nesse sentido o entendimento apresentado por Satiro (2013, p. 104) que leciona:

A razão do arcabouço processual da recuperação judicial e a superação dos obstáculos representados pela livre negociação simultânea com vários credores, cada um deles buscando a satisfação egoística de seus interesses. Em outras palavras, o processo de recuperação judicial é, na verdade, simplesmente um meio, uma ferramenta de construção de uma solução negociada entre o devedor e seus credores, e, obviamente, de preservação das premissas contratadas.

Na mesma linha, Buschinelli (2014, p. 38) entende que:

No procedimento concursal, a insuficiência patrimonial do devedor gera uma especial coligação de interesses entre seus credores. Essa coligação, afirma Heck, é pautada pelo pensamento de que “as consequências economicamente negativas de uma ação individual e motivada por interesses egoísticos de cada credor devem ser evitadas”. Há uma situação que Heck considera de conflito de interesses, enfrentada pelo ordenamento jurídico por meio da limitação do exercício de direitos individuais, por meio da organização de um procedimento para a ação em comum e por meio da atribuição à maioria do direito de conceder moratória ao devedor.

A análise do texto reproduzido supra, permite observar que é válida a adoção, pelo ordenamento jurídico, de mecanismos diversos, a serem aplicados ao procedimento de

recuperação judicial do devedor em situação de crise, com vistas à solução harmônica e, sempre que possível, consensual dos problemas decorrentes dos conflitos advindos dos diversos interesses envolvidos no procedimento de recuperação judicial.

Com relação à presença do instituto da Comunhão de Interesses no Direito Brasileiro e a classificação atribuída, pelo ordenamento jurídico pátrio, à natureza jurídica das relações entre os credores, Buschinelli (2014, p. 40) relata que:

No Brasil, a figura da comunhão de interesses não é desconhecida. O Decreto-Lei n. 781, de 12.10.1938, com rigor técnico, previa em seu artigo 1º que “os empréstimos por obrigações ao portador (debêntures) contraídos pelas sociedades anônimas, ou em comandita por ações, ou pelas autorizadas por leis especiais, criarão, quando tal condição constar do manifesto da sociedade e do contrato devidamente inscrito, uma comunhão de interesses entre os portadores dos títulos da mesma categoria, a saber, emitidos com fundamento no mesmo ato, subordinados às mesmas condições de amortização e juros, e gozando das mesmas garantias.”

Tal qual os debenturistas, também os credores não são coproprietários de direitos reais ou obrigacionais em ambas as hipóteses, cada credor é titular de seu crédito, mas estabelece-se entre os integrantes uma comunhão de interesses. O fato de que os interesses dos credores possam ser divergentes e concorrentes não afasta a possibilidade de designar a coletividade como comunhão de interesses. De fato, a objeção é pertinente, pois a designação “comunhão de interesses” para uma situação de conflitos de interesse pode ser considerada contraditória. Tanto assim que Phillip Heck preferia a denominação “coligação de interesses”. A categoria dogmática, contudo, não tem seu fundamento na efetiva conformação de interesses individuais das partes, mas sobre tudo, como se nota no estudo pioneiro de Jhering, na circunstância de que, nessas coletividades, é dado a um dos integrantes influir na esfera jurídica alheia.

Ainda no tocante à natureza jurídica, Satiro (2013, p. 104) defende que o plano de recuperação judicial teria natureza de negócio jurídico. Veja-se:

Isso significa que o plano de recuperação judicial, não obstante construído no âmbito de um processo judicial, tem natureza de negócio jurídico celebrado entre devedor e seus credores.

O caráter contratual do plano se confirma quando, após o encerramento do processo de recuperação judicial (art. 63), eliminado o conteúdo processual, a própria LRF em seu art. 62 estabelece que as obrigações dele decorrentes serão tratadas como obrigações contratuais comuns, e possibilitarão aos seus titulares execução específica ou até mesmo pedido de falência do devedor com base no art. 94.

Como contrato, portanto, o plano demanda para sua formação, a manifestação válida de vontade dos contratantes.

Explica Satiro (2013, p. 105) que, no Brasil, são diversas as vias processuais a serem seguidas para a liquidação e/ou para a reorganização do devedor em crise econômico-financeira, sendo o sistema pátrio classificado como sistema de duplo procedimento, visto que a escolha do tipo de procedimento a ser adotado (reorganização ou liquidação) é anterior ao ajuizamento da competente ação, que “*deve satisfazer as formalidades daquele procedimento específico escolhido*”.

Satiro (2013, p. 105/106) acrescenta, ainda, que:

A diversidade de procedimentos traz consigo duas consequências importantes. Primeiro, que cada um deles precisa trazer previsões de conversão para o outro: o procedimento de pedido de decretação de falência contempla a possibilidade de conversão em recuperação judicial (art.95) e a recuperação judicial contém disposições de convalidação em falência (art. 75). Por outro lado, num sistema de duplo procedimento é possível estabelecer diferentes legitimidades ativas para cada modalidade de solução.

No caso brasileiro, o pedido de falência é atribuído a uma série de agentes considerados interessados na liquidação (art. 94) além do próprio devedor (art. 105), o que nos faz concluir que é possível a liquidação involuntária e a voluntária. Já a recuperação judicial é de iniciativa restrita

do devedor (arts. 48, caput e 95). Não se atribui a credores ou a terceiros interessados qualquer capacidade postulatória em relação a iniciativa de recuperação judicial do devedor. Da mesma forma, somente ao credor cabe propor o plano de recuperação judicial que julgue conveniente.

Não há fundamento legal para se impor ao devedor um plano de recuperação judicial, por mais que se demonstre que representa solução ótima para a crise que a empresa atravessa. Coerentemente, também não se admite que credores ou terceiros, individual ou coletivamente, determinem unilateralmente os termos integrais ou parciais do plano de recuperação, ou lhes façam qualquer aditamento sem que o devedor expressamente anua. Ao restringir a iniciativa da recuperação judicial ao devedor, a LRF deixa claro que o plano, como negócio jurídico, não o obriga a não ser mediante sua expressa e inequívoca manifestação de vontade.

Destaca Satiro (2013, p. 106) que em sistemas como o alemão e o americano tanto a proposição de planos de recuperação, quanto o aditamento de planos já apresentados, podem ser feitos pelos credores e, desde que estes atendam aos critérios determinados pela legislação, vinculam o devedor ao plano em questão. Enquanto, no Brasil, conforme prescrevem os arts. 48, 53, 95 e 56, §3º, da LREF, a vinculação do devedor ao plano decorre impreterivelmente da sua iniciativa de propô-lo ou de aditá-lo.

Satiro (2013, p. 106/107) faz, ainda, a ressalva de que:

Não se pode, com isso, pretender concluir que a preservação da empresa, princípio que norteia a LRF, depende exclusivamente da discricionariedade do devedor. Recorde-se que não se garante a preservação da empresa somente na recuperação judicial. O art. 75 esclarece que mesmo na liquidação a empresa como organização de bens, na medida do possível, deve ser preservada. E o art. 140, ao estabelecer a ordem impositiva de formas de alienação dos ativos do devedor, força a tentativa de manutenção da empresa como um todo. Há portanto, na falência uma preocupação de preservação da empresa com a promoção da alocação eficiente dos recursos de produção mas, nesse caso, sem a participação do empresário.

A manifestação individual e inequívoca de vontade que vincula o devedor aos exatos termos do plano a ser homologado e pressuposto de sua validade, e por consequência, da aplicação dos efeitos da recuperação ao caso concreto. E é, além de tudo, um norte do equilíbrio que a LRF estabeleceu entre as posições opostas credor x devedor. Não pode o devedor impor o plano aos credores (pois dependerá da aprovação da Assembleia), nem podem os credores impor condições ao devedor.

Depreende-se do exposto supra que – para a determinação da natureza jurídica da coletividade de credores no procedimento de recuperação judicial – deve-se atentar para a fase

em que se encontra a recuperação judicial, visto que antes da aprovação do plano de recuperação judicial a relação entre os diversos credores tem natureza de “Comunhão de Interesses”, pois congregados e organizados, estes, de acordo com os critérios estabelecidos pela Lei.

No entanto, uma vez aprovado o plano de recuperação, durante a sua implementação e vigência a relação que se estabelece entre os credores assume natureza de “Negócio Jurídico” (contratual), posto que, tal relação, é objeto de acordo entre as partes, cujas vontades são expressamente manifestas (a do devedor ao propor o plano e a dos credores ao o aprovarem, na Assembleia-Geral de Credores).

4.2. A DELIBERAÇÃO DOS CREDORES NA ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES

Tem sido observado no curso do presente estudo que a arquitetura da LREF foi desenvolvida com vistas à ampliação da interlocução entre os diversos atores do procedimento de recuperação judicial do devedor em crise, para assim potencializar as chances de se sanear a empresa, reestruturando-a e mantendo-a apta a continuar em atuação no mercado.

Ao se analisar as situações que envolvem a atuação dos credores no curso do procedimento de recuperação judicial – principalmente naquelas situações relacionadas à tomada de decisão no âmbito da Assembleia-Geral de Credores – constata-se que a posição ocupada pelo credor no procedimento ostenta complexidade em muito superior àquela em que se encontra o devedor.

Nesse sentido – tendo como foco a deliberação sobre o plano de recuperação judicial – Satiro (2013, p. 107) ressalta que:

Enquanto o devedor manifesta ordinariamente sua vontade para formação do contrato que o plano de recuperação judicial representa, só se poderia falar em típica manifestação de vontade dos credores se todos efetivamente declarassem sua intenção de aderir ao plano. Sem o apoio da legislação especial, o plano aprovado por unanimidade dos credores seria o único que satisfaria plenamente o princípio da relatividade das convenções, segundo o qual o contrato só vincula as partes contratantes - aquelas que se manifestaram validamente pela contratação.

Conforme anteriormente evidenciado, a existência, como regra, de um elevado número de credores – com interesses diversos e, em geral, contrapostos – que se habilitam para participar do procedimento de recuperação judicial termina por inviabilizar a conformação de decisão unânime entre a coletividade de credores.

Devido à grande diversidade de interesses e tendo em conta que tais interesses na maioria das vezes são contraditórios, Satiro (2013, p. 107) sustenta que:

Com interesses assim potencialmente contraditórios, não se pode esperar um alinhamento natural e voluntário, especialmente em função dos altíssimos custos de transação para sua organização e a ausência de incentivos para que um ou alguns deles assumam a função de coordenadores (como procuradores dos demais, por exemplo).

Todavia, ressalva Satiro (2013, p. 107) que – em função da LREF ostentar, em regra, a preservação da empresa economicamente viável como princípio basilar – os credores são organizados e qualificados na Lei de modo que seja possível se conformar um “foro único de decisão majoritária, a saber, a Assembleia-Geral de Credores”, para, dessa forma, tornar viável a aprovação da proposta de reorganização da empresa.

Com relação à congregação dos credores em um foro único de deliberação, relembra Buschinelli (2014, p. 40/41) que as ações de um credor que integra uma comunhão de interesses têm o condão de irradiar seus efeitos sobre a esfera jurídica dos demais integrantes da referida comunhão.

Ressalta, ademais, que a participação dos credores na comunhão de interesses não tem como pressuposto a livre manifestação de vontade, mas, é fruto da imperatividade da lei. E aduz, ainda, que, em tal situação, se poderia questionar se o credor teria liberdade para buscar a concretização dos seus objetivos da forma como lhe conviesse, não existindo, assim, vínculo algum entre ele e os demais credores integrantes da comunhão, ou, ao contrário, se ele seria destinatário de algum tipo de “dever de lealdade” em relação à comunhão que compõe e aos demais credores nela inseridos (BUSCHINELLI, 2014, p. 40/41).

4.3. O DEVER DE LEALDADE E SEUS CONTORNOS

Pensado inicialmente no âmbito do Direito Societário alemão, o chamado “dever de lealdade” – que anteriormente se aplicava apenas às relações entre sócios, ou seja, àquelas relações em que a associação se dava de forma voluntária – tem, por analogia, irradiado seus efeitos jurídicos, também, para as relações entre os credores integrantes da comunhão de interesses formada no âmbito da recuperação judicial.

Afirma Buschinelli (2014, p. 45) que, no Direito Societário, “*Diferentes são os fundamentos indicados para o dever de lealdade*” e segue explicando que uma primeira corrente de pensamento identificava na especial relação de confiança estabelecida entre os

sócios integrantes de sociedades de pessoas o fundamento dogmático do dever de lealdade. Esclarece o autor que, segundo essa teoria a esfera de influência do dever de lealdade se restringiria às sociedades de pessoas.

Entretanto, prossegue Buschinelli (2014, p. 45) e relata que tanto a doutrina quanto a jurisprudência alemã seguiram no sentido do reconhecimento, desse dever, também, no âmbito das sociedades de capital. E, nesse sentido, o autor destaca a existência de uma segunda corrente de pensamento, capitaneada por Marcus Lutter, que entendia emanar do §705 do BGB o fundamento para o dever de lealdade no Direito Societário alemão, além de ressaltar que “*esse artigo – de teor semelhante ao art. 981 do CC – prevê que, pelo contrato de sociedade, os sócios se obrigam reciprocamente a contribuir para a obtenção do fim comum*”.

Segundo Buschinelli (2014, p. 45/46), “*A crítica que se faz a este posicionamento é a de que o fundamento soa artificial para sociedades de capital*”. Afirma, ainda, o autor que:

É certo que, ao adquirir ações, um acionista adere ao estatuto, ou, como prefere Lutter, adquire o *status socii* e passa a exercer todos os direitos e deveres inerentes a essa condição. Contudo, o âmbito de aplicação original do artigo é o das sociedades de pessoas, e abrange apenas o dever de contribuir para a persecução do fim social comum, sem referência a um dever de respeito aos interesses dos demais sócios. São defendidas, por conta disso, três outras teorias que prescindem de um fundamento estritamente societário para a sua aplicação e que, por conta disso, são de especial interesse para o eventual reconhecimento de deveres de lealdade entre credores. O primeiro desses posicionamentos é o que considera o dever de lealdade uma decorrência do dever geral de boa-fé. No segundo, defende-se que o dever de lealdade seria uma cláusula geral de origem jurisprudencial, fundada na necessidade prática de vedar comportamentos irregulares, que pode ser extraída por meio da análise teleológica de normas diversas. Por fim, considera-se que o dever de lealdade seria consequência da necessária correlação entre o poder de impor a própria vontade a demais membros da coletividade e a responsabilidade daí decorrente.

Relata Buschinelli (2014, p. 46) que a doutrina alemã ainda não chegou a um consenso a respeito do dever de lealdade e seu fundamento. Destaca, porém, que com base na análise do tema pela perspectiva histórica é possível perceber a progressiva redução da relevância da manifestação de vontade por meio da qual a coletividade é criada, bem como é possível notar a expansão da área de influência do dever de lealdade para todas aquelas situações nas quais é permitido a um sujeito influenciar nas esferas jurídicas de outrem, de modo a afetar diretamente o processo de formação da vontade coletiva.

Quanto aos principais desdobramentos do dever de lealdade no Direito Societário, destaca Buschinelli (2014, p. 47), em princípio, o dever de promover e concretizar o fim comum e a vedação da adoção de medidas que prejudiquem a sociedade e, posteriormente, o

dever de consideração aos interesses dos demais sócios, interesses, estes, oriundos da condição de sócios ou relacionados a ela. Ressalta, ademais, o autor que figuras como a proibição da atuação em conflito de interesses e a proibição da prática de atos emulativos gravitariam dentro do âmbito de incidência do dever de lealdade.

4.3.1. **Aplicação do Dever de Lealdade entre Credores**

A principal característica que difere a coletividade de credores das demais é a inexistência de um ato voluntário adotado pelo credor no sentido de participar da coletividade. Tais coletividades, como visto, são formadas com base em imperativo legal, sendo os credores agrupados e ordenados de acordo com os critérios estabelecidos pela LREF.

Assim, mostra-se pertinente trazer à colação observação feita por Buschinelli (2014, p. 50) ao dizer que *“O que é peculiar para a aplicação do dever de lealdade entre os credores é o fato de que, nessa coletividade, não há um ato voluntário que designe qual o fim comum que os integrantes se comprometem a perseguir”*.

A observação feita supra mostra-se pertinente por permitir que seja tecida consideração de suma importância para a compreensão da razão que fundamenta a aplicabilidade do dever de lealdade também às coletividades obrigatórias e, no caso em estudo, principalmente, à coletividade de credores, ante a sua natureza de comunhão de interesses (considerando-se a atuação anterior à aprovação do plano de recuperação).

Como observado por Buschinelli (2014, p. 50), inexistente uma manifestação voluntária de vontade que defina o fim comum a ser perseguido pela coletividade de credores, todavia, isso não significa que não exista tal fim comum a ser buscado pelos credores enquanto integrantes da coletividade. Ele sublinha que a finalidade comum a ser perseguida pelos credores *“[...] pode ser definida como o ‘interesse que tem cada credor em, ao menos em médio prazo, minimizar seus prejuízos, mediante a ampliação das disponibilidades da massa’.*”

Segue na mesma linha de entendimento, Schulz (2003, p. 104, apud: BUSCHINELLI, 2014, p. 50), para quem os credores, por integrarem uma comunhão de interesses, estariam proibidos de tentar auferir qualquer vantagem as custas dos demais credores integrantes da comunhão, tendo, ainda, os credores que cumprir deveres ativos e passivos de consideração em relação à cada credor de forma isolada e à coletividade, enquanto foro único de decisão

majoritária.

Observa-se, assim, que o dever de lealdade aplicável às coletividades cuja associação dos integrantes se dá de forma voluntária, não só pode, como deve ser aplicado, também, às coletividades formadas por força de lei, como é o caso da comunhão de interesses conformada pelos credores agrupados em função da recuperação judicial, na qual deve vigorar o dever de lealdade.

Ainda nessa linha, Adamek (2010, p. 137), afirma que é do princípio da correlação entre poder e responsabilidade que o dever de lealdade extrai o seu fundamento ético-jurídico, podendo tal dever ser depreendido, por analogia, das normas de direito societário e, de forma direta do princípio da boa-fé objetiva, princípio, este, que tem aplicabilidade tanto nas relações contratuais (art. 422, do Código Civil), quanto na limitação de todas as posições jurídicas (art. 187, do Código Civil).

Tem-se, portanto, que a vigência do dever de lealdade entre os credores integrantes da comunhão de interesses decorre da possibilidade que um credor tem de, com a sua ação, ou omissão, influenciar a formação da vontade coletiva, que por aplicação do princípio majoritário, como visto, vincula a todos os credores.

Assim, pode-se verificar que as posições jurídicas exercidas pelos credores podem sofrer limitações com base no dever de lealdade, dever, este, lastreado, dentre outros, no princípio da boa-fé objetiva, podendo, inclusive, limitar o direito de voto dos credores nas deliberações ocorridas no curso do procedimento de recuperação judicial.

5. ABUSO DO DIREITO DE VOTO PELO CREDOR: FUNDAMENTOS E CARACTERIZAÇÃO

Há, no ordenamento jurídico pátrio, expressa vedação ao cometimento do abuso do direito pelo seu titular.

Nesse sentido, dispõe o art. 187, do Código Civil que “*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*” (BRASIL, 2002, p. 16). (grifou-se)

Ao se tomar como pressuposto o fato de que o instituto do Abuso do Direito é gênero, do qual seria espécie o abuso do direito de voto pelo credor, mostra-se necessário que se faça um breve apanhado sobre tal instituto para que, a partir dele, seja possível se compreender as peculiaridades aplicáveis à espécie.

5.1. O INSTITUTO DO ABUSO DO DIREITO

Inicialmente, impende sublinhar que, no presente estudo, a opção pela utilização da expressão “abuso do direito” converge com entendimento sustentado por Pontes de Miranda (1966, p. 71), para quem “*a expressão ‘abuso de direito’ é incorreta. Existe ‘estado de fato’ e ‘estado de direito’; porém não ‘abuso de fato’ ou abuso de direito’. Abusa-se de algum direito, do direito que se tem*”.

Isto posto, afigura-se pertinente a apresentação, *en passant*, de um relato histórico sobre as origens do Instituto do Abuso do Direito, o que se passa a fazer a seguir.

Segundo Ranieri (2012, p. 5-7, apud BUSCHINELLI, 2014, p. 56), a figura do abuso do direito surge – da forma como se conhece atualmente – na França como uma construção jurisprudencial, erigida com vistas a suprir a ausência de previsão normativa expressa que vedasse a prática de atos emulativos.

Verifica-se que, ainda hoje, o instituto do abuso do direito tem, no ordenamento jurídico francês, aplicação semelhante àquela originariamente prevista, não tendo apresentado grande evolução ou transformação, visto que permanece apenas “*como instrumento para a imposição de responsabilidade civil, atrelada à análise da culpa*” (BUSCHINELLI, 2014, p. 60).

Em contrapartida, inicialmente, na Alemanha (RANIERI, 2012, p. 1.082; apud BUSCHINELLI, 2014, p. 58) e, posteriormente, na Itália (NATOLI, 1958, pp. 20-32,) a doutrina do abuso do direito recebeu tratamento distinto. Nestas, o instituto do abuso do direito foi concebido, também, como forma de atribuir responsabilidade, mas, não se limitou a isso, pois foi pensado para aplicação como limitador ao exercício excessivo de posições jurídicas, visto que extrairia seu fundamento jurídico da boa-fé.

Logo, tanto na Alemanha, quanto na Itália o instituto do abuso do direito tem evoluído e, com isso, tem ostentado contornos mais amplos, apresentando atualmente diversas possibilidades de aplicações práticas.

O Brasil, ao menos em tese, filiou-se, inicialmente, à doutrina francesa, como indica Buschinelli (2014, p. 61) ao relatar que:

No Brasil, o Código Civil de 1916 não previa expressamente o abuso do direito. O art. 160, I do CC/1916, porém, determinava que não constituem ilícitos os atos praticados em 'exercício regular de um direito reconhecido'. Interpretando o artigo *a contrario sensu*, Clóvis Bevilacqua, seu autor, entendia positivada a doutrina francesa da proibição do abuso do direito. Era, como indicou Pontes de Miranda, uma fórmula 'um tanto misteriosa', pois, certamente, a ligação entre o preceito normativo e a doutrina francesa era tênue.

Durante muito tempo o instituto do Abuso do direito ficou relegado a segundo plano no Brasil, tendo Martins-Costa (2006, p. 12), inclusive, salientado que o instituto era visto como subespécie da responsabilidade civil, isso com o Código Civil de 2002 estando às vésperas de ser editado.

Nesse sentido salienta Buschinelli (2014, p. 61) que:

Certamente, essa situação não se devia apenas ao Código Civil de 1916. O direito brasileiro já comportava soluções diversas, baseadas no princípio da boa-fé que, nas últimas décadas de vigência do antigo Código, ganhara grande projeção. Estava correto Antunes Varela quando afirmou, em 1982, que o ordenamento jurídico brasileiro, por meio de regramentos esparsos e, sobretudo, do princípio implícito da boa-fé, poderia oferecer respostas semelhantes àquelas obtidas em outros ordenamentos. Todavia, apesar das possibilidades, doutrina e jurisprudência mantiveram-se ligadas à tradição francesa do abuso do direito como fonte de responsabilidade civil.

Com a edição do Código Civil de 2002, veio a expressa positivação do instituto do abuso do direito, visto que insere expressamente sua previsão no art. 187, que caracteriza como ato ilícito o exercício de um direito que exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ao discorrer sobre a positivação do abuso do direito de voto no Brasil, pelo art. 187, do Código Civil, Buschinelli (2014, p. 62) faz importante observação, veja-se:

O artigo é quase cópia do artigo 334 do Código Civil português, que é, por sua vez, praticamente tradução do art. 281 do Código Civil grego, o qual, por seu turno, foi inspirado pela doutrina alemã posterior à vigência do BGB. Ao adotar uma redação derivada da cultura jurídica alemã, que prestigia a boa-fé como elemento delimitador do exercício regular de direitos e posições jurídicas, o direito brasileiro afasta-se da tradição francesa, e passa a ter na boa-fé o eixo ordenador do exercício regular de direitos.

Assim, evidencia-se a mudança de paradigma com relação aos contornos e à abrangência do abuso do direito no ordenamento jurídico pátrio, tem-se, portanto, uma ampliação da esfera de aplicabilidade deste instituto.

5.2. O ABUSO DO DIREITO DE VOTO PELO CREDOR

Como se pode observar, a aplicação prática do instituto do abuso do direito não está restrita às questões referentes ao exercício de posições contratuais ou, ainda, àquelas relacionadas ao direito de propriedade. Visto que, por estar inserto na parte geral do Código Civil, o art. 187 tem aplicação irrestrita, podendo ser utilizado para limitar toda e qualquer posição jurídica subjetiva, bem como para restringir o exercício do direito de voto, independentemente do tipo de deliberação ao qual tal exercício esteja adstrito.

Ressalta Buschinelli (2014, p. 63) que, em razão da ampla aplicabilidade do art. 187, não haveria lacuna a ser preenchida com a utilização da aplicação analógica de outros dispositivos legais, logo, “[...] não é preciso recorrer a uma aplicação analógica das regras de direito societário, como, por exemplo, da previsão contida no art. 115 da LSA, para reconhecer que pode haver abuso do direito de voto na assembleia geral de credores.” Para o autor o artigo 187, do Código Civil seria diretamente aplicável, não havendo lacuna que justificasse recorrer ao uso da analogia.

Mange (2010, p. 80) sublinha que:

Ao credor cumpre exercer seu direito de voto sem abusos. Não é incomum que algum credor detentor de elevado crédito em determinada classe tente obter vantagens do devedor para votar favoravelmente ao plano. Pode ocorrer que um credor que possua garantia real tente forçar a quebra para, receber mais rápido seu crédito, mesmo que o plano de recuperação seja robusto e consistente.

Conforme observado supra, não é incomum que algum credor, guiado por seus interesses egoísticos, tente tirar proveito da situação de crise enfrentada pelo devedor em recuperação. Decore desta constatação a necessidade de se impor limites ao exercício do direito de voto pelo credor.

Como visto anteriormente, o direito de voto do credor pode ser restringido em função dos usos e costumes, pela boa-fé e, ainda pela função social (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 23). No entanto, trabalha-se, aqui, com conceitos abertos, genéricos e desprovidos, a *prima facie*, de conteúdo concreto, sendo, por conseguinte, equivocado tentar definir os limites do direito de voto do credor com base em tais conceitos.

Como sustenta Cordeiro (2011, p. 876), “*não há limites genéricos aos direitos mas, tão só, disposições limitativas. Todos os limites efectivos ao conteúdo dos direitos exigem uma determinação do caso concreto*”.

Verifica-se, assim, que somente com base em um caso concreto é possível se determinar a exata abrangência das limitações a serem impostas ao exercício do direito de voto pelo credor. No entanto, é possível, mesmo de forma abstrata, apresentar alguns dos parâmetros que, aplicados ao caso concreto, contribuirão para a determinação dos limites a serem impostos ao exercício do voto pelo credor.

5.2.1. Parâmetros para Limitação do Exercício do Direito de Voto pelo Credor

Proposto o plano de recuperação judicial pelo devedor, têm os credores a prerrogativa de deliberarem, decorrendo de tal prerrogativa a possibilidade de afetar, direta ou indiretamente, a esfera jurídica do devedor, bem como a dos demais credores integrantes da coletividade e, ainda, a de terceiros, que de alguma forma estão vinculados ao devedor em situação de crise.

Destarte, conforme determina o art. 58, da LREF, aprovado o plano de recuperação pelos credores, estes autorizam a concessão, pelo juízo, da recuperação judicial ao devedor, restando afetadas, ao menos em tese, apenas as esferas jurídicas do devedor e dos credores.

Não obstante, rejeitados pelos credores o plano de recuperação judicial, o que implica na decretação da falência do devedor em crise (art. 56, §4º, da LREF), os efeitos de tal decisão se irradiam para além das esferas jurídicas do devedor e de seus credores, afetando terceiros interessados, bem como toda a comunidade na qual tal devedor encontra-se inserido, quiçá, exerça influência para além da comunidade local, afetando a sociedade como um todo (como, por exemplo, em casos que envolvam a falência de sociedades empresárias de grande porte).

Ao considerar as possíveis repercussões oriundas do exercício do direito de voto pelo

credor, Buschinelli (2014, p. 68) ressalta que “há três principais perspectivas, não excludentes entre si, que podem ser cogitadas para delinear os limites do exercício regular do direito de voto”. Seriam elas: (I) os princípios da preservação da empresa e da função social (art. 47, da LREF) como norteadores do exercício do direito de voto pelo credor; (II) a adoção do dever do credor de atuar de boa-fé em relação ao devedor, constituindo os interesses deste um limitador ao exercício do direito de voto daquele, e (III) a limitação ao exercício do direito de voto pelo credor através do dever de lealdade, depreendido da condição do credor de integrante de uma comunhão de interesses que lhe permite concorrer para a conformação da vontade coletiva, devendo, por esta razão, agir com lealdade em relação aos demais credores.

5.2.1.1. O Exercício do Direito de Voto Limitado pelo Princípio da Preservação da Empresa e da sua Função Social

A LREF – ao estabelecer, em seu art. 47, que o objetivo da recuperação judicial é viabilizar a superação da crise econômico-financeira enfrentada pelo devedor, com vistas à 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 – elege tais valores como princípios basilares do sistema de reorganização das empresas em situação de crise econômico-financeira. Entretanto, a consecução de tais objetivos é tarefa árdua e extremamente complexa.

Buschinelli (2014, pp. 69-70) expressa entendimento semelhante ao discorrer sobre o tema em comento. Confira-se:

O atingimento desses objetivos, contudo, não é tarefa simples. Uma legislação concursal deve buscar ordenar objetivos e interesses diversos envolvidos na crise empresarial.

Como objetivos principais, buscam-se a preservação da empresa viável e a retirada do mercado daquelas que são inviáveis. O problema central é o de determinar quais sejam essas empresas. Ao lado desse objetivo, é necessário conferir tratamento adequado aos interesses de credores, trabalhadores, consumidores, comunidade e do próprio devedor.

Mas, além dessa preocupação que pode ser denominada *ex post* e que tem por foco as partes afetadas por uma crise empresarial em particular, é necessária a consideração *ex ante* de interesses de outros agentes não envolvidos na crise, mas que tomam decisões “à sombra” do regime concursal. O tratamento dado à empresa em crise influencia, em maior ou menor medida, a decisão de financiamento, seja por agentes financeiros (bancos), seja por investidores (acionistas minoritários). Influencia, ademais, a propensão à assunção de riscos e ao empreendedorismo por potenciais empresários. Ao mesmo tempo, deve-se ter cuidado para que o procedimento concursal não seja desvirtuado, com sua utilização oportunista para a

extração de benefícios de credores por devedores que não enfrentam situação de efetiva crise empresarial.

Seria possível conceber, com base no entendimento exposto supra, uma forma de aplicação prática para a função social da empresa em crise, a saber, a utilização desta como parâmetro de avaliação e controle da regularidade do exercício do direito de voto pelo credor.

Seguindo a mesma linha de pensamento, Mange (2010, p. 81) frisa que:

A função social da empresa aplica-se tanto ao credor como ao devedor. De fato, o credor deve exercer seu direito de voto de forma responsável, exercendo assim sua função social. O devedor também exerce função social na medida em que recorre à recuperação judicial para preservar o negócio, os empregos que gera, além dos benefícios indiretos que cria para a comunidade em que atua.

[...]

Por essas razões, no âmbito da recuperação judicial, abusos do direito de voto devem ser coibidos pelo juiz de forma a prevalecer o princípio da preservação da empresa, expresso no artigo 47 da LFR.

Com relação à possibilidade de coerção, por parte do juízo, do abuso do direito de voto perpetrado pelo credor, Munhoz (2006, p. 288) relembra que:

Por outro lado, o requisito previsto no inciso III do §1º do art. 58 pode inviabilizar, por completo, a aprovação de um plano de recuperação, ainda que este não acarrete *unfair discrimination* e seja *fair and equitable* em relação a todas as classes. Isso porque, se uma classe de credores rejeitar o plano com votos representativos de mais de 2/3 do total dos créditos dessa classe, esse veto não poderá ser superado pelo juiz. Com isso, pode uma classe de credores com maior prioridade para o recebimento dos créditos (v.g., com garantia real), dependendo da situação patrimonial do devedor, preferir sua liquidação imediata, já que os ativos seriam suficientes para o pagamento dos respectivos créditos, ainda que essa solução seja prejudicial as demais classes com prioridade inferior e ainda que a aprovação do plano não deixasse a classe com maior prioridade em situação pior. O voto, assim manifestado por essa classe de credores, seria claramente incompatível com a função pública do instituto da recuperação da empresa, mas a lei brasileira não prevê nenhuma válvula de escape, que permita ao juiz a superação desse veto.

Acrescenta, ainda, Munhoz (2006, p. 289), que:

Com efeito, o art. 45, ao exigir para a aprovação do plano o consentimento unânime das classes de credores, cada qual dispondo do seu respectivo poder de barganha, que está intimamente ligado à prioridade de seu crédito, acaba por evitar excessivos desvios da *absolute priority rule*, cujos efeitos *ex ante* poderiam ser negativos para o sistema. O art. 58, no entanto, admite a aprovação do plano pelo juiz, superando a rejeição manifestada por uma classe, sem estabelecer nenhum critério que possa evitar a violação desse princípio. De outra parte, e talvez ainda mais grave, a lei brasileira não se preocupou em oferecer ao juiz a possibilidade de superar o veto imposto por uma classe se os votos nesse sentido representem mais de 2/3 do total de créditos da classe, ainda que essa posição replique um comportamento de índole puramente individualista, contrário à função pública da recuperação.

Segundo Buschinelli (2014, p. 70), o Tribunal de Justiça de São Paulo teria aplicado este entendimento a casos que envolviam a rejeição de plano de recuperação judicial por credor que era o único com direito real. Visto que seria impossível a superação do veto

imposto por tal credor – mesmo adotando-se procedimento alternativo previsto no art. 58, da LREF, a saber, o *cram down* – entendeu o referido tribunal que o plano de recuperação judicial não poderia ser rejeitado pelo credor cujas motivações para rejeitá-lo fossem “*suas inclinações egoísticas em detrimento da preservação da empresa*”.

Contudo, pondera Buschinelli (2014, p. 71) que “*essa não parece ser a melhor forma de concretizar a função social da empresa em crise*” e esclarece que:

O artigo 47 da LRF enumera objetivos em parte concordantes, mas em parte divergentes, entre si. Além de múltiplos, esses vetores não são hierarquicamente ordenados. Com isso, a lei adota, no plano principiológico, postura que pode ser denominada de ‘ecletismo valorativo’. O ecletismo valorativo tem como vantagem promover uma visão integrativa, adequada à regulação de um fenômeno complexo como a crise empresarial. Por outro lado, não oferece parâmetros axiológicos ou decisórios claros. Há, ademais, dificuldades práticas para a aplicação direta da função social da empresa em crise ao caso concreto.

Em primeiro lugar, faltam dados ao magistrado. Se é necessário aferir o respeito aos interesses de todas as partes envolvidas (mencionadas no artigo 47 da LRF) e, sobretudo, das partes não representadas no processo, seria necessário que o magistrado contasse com dados relativos a essas variáveis. Entretanto, não é possível ao magistrado avaliar o impacto concreto da falência da empresa sobre a concorrência, sobre trabalhadores, sobre consumidores ou, ainda, sobre partes não diretamente afetadas pela crise, como potenciais credores, potenciais investidores, ou potenciais empresários, sem contar com informações e dados pertinentes, relativos a essas variáveis.

Em segundo lugar, mesmo que o magistrado disponha desses dados, questiona-se como será possível contrapor e ponderar analiticamente os interesses heterogêneos envolvidos.

As ponderações apresentadas acima permitem aduzir que seria impossível para um magistrado – ainda que este dispusesse de todas as informações relevantes em um caso concreto – fundamentar de forma racional a sua decisão (em atenção ao preceito constitucional insculpido no art. 93, IX), sem que isso configurasse, na prática, a priorização de determinado interesse sobre outro de igual valor e tão digno da tutela judicial quanto o eleito pelo juiz para aplicação ao caso.

Logo, a proteção da função social da empresa é garantida, no procedimento de recuperação judicial, por meio da estruturação eficaz do processo deliberativo, de modo que (I) seja mitigada a divergência existente no tocante aos diversos interesses envolvidos na recuperação judicial, (II) sejam proporcionadas aos credores as condições necessárias para o exercício regular do seu direito de voto e (III) seja distribuído de forma equânime o ônus decorrente da situação de crise enfrentada pelo devedor em recuperação.

5.2.1.2. O Exercício do Direito de Voto Limitado pela Boa-fé em Relação ao Devedor

Assim como a função social, a boa-fé pode ser adotada como parâmetro para a determinação da ocorrência do abuso do direito de voto pelo credor. É nessa linha que segue Mange (2010, p. 80) que sublinha a capacidade de “*a boa-fé objetiva poder exercer função limitativa decorrente do artigo 187 do Código Civil*”.

Sublinha Mange (2010, p. 81) que a boa-fé é utilizada no mencionado dispositivo legal como forma de limitação ao exercício de um determinado direito, com vistas a impedir que o titular de tal direito o exerça de modo excessivo, em manifesto desrespeito aos limites estabelecidos ou, caso o abuso venha a ocorrer, sancionar o titular do direito exercido em manifesto excesso.

Ainda nessa linha, percebe-se que o conhecimento da natureza jurídica do plano de recuperação judicial contribui para a devida compreensão da forma como a boa-fé, em relação ao devedor, pode ser erigida como parâmetro para a limitação do exercício do direito de voto pelo credor.

Nesse sentido, Buschinelli (2014, p. 75) corrobora o entendimento apresentado retro, ao afirmar que:

Certamente, pode-se objetar à tese contratualista o fato de que não seja necessária a concordância efetiva de todos os credores para que um plano de recuperação seja aprovado. Todavia, por mais que se afaste do conceito clássico de contrato, o plano de recuperação judicial apresenta conteúdo negocial, permitindo a modelagem de efeitos jurídicos pelas partes. Já quanto à exigência de declaração de vontade, ainda que não se exija a aceitação por cada um dos credores, é necessária a aceitação por maioria (LRF, art. 45 c/c art. 58). O plano de recuperação judicial, com isso, pode ser considerado negócio jurídico de caráter contratual, ainda que com determinadas especificidades.

Nessa perspectiva, a aceitação ou rejeição do plano de recuperação judicial pelos credores inscreve-se na fase de celebração contratual. Os credores, ao exercerem seu direito de voto, participam de procedimento de formação da vontade coletiva da comunhão de credores, em que devem guardar, para com o devedor, os princípios da probidade e da boa-fé (CC, art. 422). Ademais, por conta do artigo 187 do CC, não podem os credores agir de forma contrária à função social e aos usos e costumes.

Ao se tomar como premissa básica que, no plano de recuperação judicial, trata-se de relação contratual, portanto, bilateral e ensejadora de dever recíproco de boa-fé entre o credor e o devedor, resta evidente que, da boa-fé, decorrem diversos deveres secundários que podem ter reflexo no exercício do direito de voto pelo credor. Todavia, isso não quer dizer que – em função do dever de agir de boa-fé em relação ao devedor – o credor esteja obrigado a aceitar qualquer alteração do seu crédito para efetivar o plano de recuperação proposto pelo devedor.

Nesse sentido Buschinelli (2014, p. 77) aduz que:

Se o objetivo do procedimento de recuperação judicial é a busca de soluções consensuais resultantes do exercício da autonomia privada pelo devedor e pelos credores, tal resultado deve ser decorrente da análise do credor acerca da viabilidade do devedor. A afirmação de que os credores estariam sujeitos a um dever de aceitar alterações a seu crédito para alcançar uma solução recuperacional não parece consentânea com esse objetivo.

A partir da simples leitura do texto em destaque supra, fica claro que a conduta do credor e as decisões por ele tomadas – mesmo que se trate de um único credor habilitado para participar do procedimento de recuperação judicial – podem sofrer limitações de modo a coibir a prática de atos emulativos, bem como parece evidente que – ainda que a boa-fé não obrigue o credor a concordar com o plano de recuperação judicial proposto pelo devedor, toda a atuação dos credores para com o devedor e vice-versa deve ser pautada pela boa-fé que impõe deveres laterais de consideração e de informação a ambas as partes.

5.2.1.3. Limitação do Exercício do Direito de Voto em Função do Dever de Lealdade entre os Credores

A análise atenta das questões relacionadas à limitação do exercício do direito de voto pelo credor permite observar que a existência de dever recíproco de lealdade entre os credores se sobressalta como fator limitador de tal direito.

De acordo com Buschinelli (2014, p. 77) “A principal limitação imposta ao exercício do direito de voto pelo credor decorre do dever de lealdade”. Prossegue o autor e relembra que:

Como já se explicitou, os credores integram uma comunhão de interesses [...], em que o voto exercido por cada um dos credores concorrerá para a formação de uma vontade coletiva que terá efeitos sobre todos os seus integrantes. Com base no dever de boa-fé e no princípio geral de correlação entre poder e responsabilidade, tornam-se os credores destinatários de um dever de lealdade em relação aos demais [...]. Sendo o dever de lealdade desdobramento do dever de boa-fé, e consistindo a boa-fé em limite no exercício de posições jurídicas (CC, art. 187), é possível considerar que o descumprimento de um dever de lealdade societário ou existente em uma comunhão de interesses representa abuso do direito (BUSCHINELLI, 2014, p. 77).

O voto é um direito assegurado ao credor pela LREF para que este possa buscar a satisfação de seus interesses. Relembra-se que o exercício do direito de voto pelo credor é pautado pela autonomia privada e, por essa razão, lhe são asseguradas, exclusivamente, as prerrogativas de (I) avaliação das propostas apresentadas no plano de recuperação pelo devedor; (II) expressão da sua convicção em relação à viabilidade econômico-financeira do

devedor submetido ao procedimento de recuperação judicial, e (III) avaliação da relação custo-benefício relativa às condições apresentadas no plano de recuperação judicial para a alteração da situação do seu crédito.

Portanto, a afirmação de que o credor, ao integrar uma comunhão de interesses, deverá lealdade à comunhão, bem como aos seus pares, não pressupõe assegurar que ele deverá encontrar na comunhão um interesse coletivo comum que oriente a sua tomada de decisão, apenas significa que o exercício do seu direito de voto no curso do procedimento de recuperação judicial poderá ser limitado, caso suas ações excedam manifestamente os limites estabelecidos.

À vista disso, pode-se verificar que o credor que deixa de observar seu dever de lealdade – seja em relação à comunhão ou aos demais credores – comete abuso do direito de voto.

5.2.2. Caracterização do Abuso do Direito de Voto pelo Credor

Ao longo deste estudo tem-se observado que é possível sim a ocorrência do abuso do direito de voto pelo credor no curso do procedimento de recuperação judicial e tem-se constatado, também, que são diversas as formas pelas quais este tipo de abuso do direito pode ser perpetrado.

Com o intuito de tornar mais didática a exposição das informações relativas à caracterização do abuso do direito de voto pelo credor e suas diversas formas de ocorrência, adapta-se, para a utilização neste estudo, a sistemática proposta por Buschinelli (2014, p. 107) que as distingue em duas hipóteses principais. Veja-se: (grifou-se)

A primeira, denominada **abuso positivo de direito de voto**, é caracterizada por uma conduta ativa de persecução de interesse estranho à comunhão; a segunda, denominada **abuso negativo do direito de voto**, é caracterizada pela adoção, por um credor, de comportamento obstrutivo prejudicial à comunhão de credores e sem fundamento legítimo.

A adaptação referida supra, diz respeito apenas à nomenclatura atribuída a cada uma das hipóteses pelo autor. Assim, no presente estudo, para qualificar as hipóteses enquadradas por Buschinelli como “abuso positivo de direito de voto” será utilizada a expressão “abuso do direito de voto em função da busca de interesse egoístico”, enquanto para qualificar as hipóteses enquadradas como “abuso negativo de direito de voto” a expressão adotada será “abuso do direito de voto em função da adoção de condutas obstrutivas”, expressões, estas,

que parecem mais consentâneas às hipóteses por elas abrangidas.

Com base na sistemática apresentada supra, será realizada, separadamente, a análise de cada uma dessas hipóteses, iniciando-se pelas hipóteses de “abuso do direito de voto em função da busca de interesse egoístico”, que são aquelas nas quais, como visto o credor exerce o seu direito de voto visando atingir objetivo pessoal em prejuízo da coletividade de credores.

E, posteriormente, abordando-se as hipóteses nas quais o credor exerce o seu direito de voto com o intuito de criar obstrução que prejudica a comunhão de credores, agrupadas neste estudo sob a insígnia de “abuso do direito de voto em função da adoção de condutas obstrutivas”.

5.2.2.1. Abuso do Direito de Voto em Função da Busca de Interesse Egoístico

No ordenamento jurídico brasileiro, o sistema de recuperação judicial é orientado pela crença de que a negociação direta entre o devedor e seus credores seria a forma mais eficaz de se alcançar os melhores resultados e as soluções mais apropriadas para a situação enfrentada pelo devedor em crise econômico-financeira.

Como visto, são diversos os parâmetros que poderiam ser utilizados na tentativa de caracterizar o abuso do direito de voto, contudo, um deles mostra-se mais abrangente e completo que os demais, a saber, o dever de lealdade que vigora entre os credores e entre estes e a comunhão de interesses que integram.

Isto posto, verifica-se que comete o abuso do direito de voto em função de interesse egoístico, tanto o credor que exerce o seu direito de voto privilegiando seus interesses pessoais em desacordo com os interesses da coletividade ou para causar, a esta, danos, quanto o credor que o faz em prejuízo dos demais credores isoladamente.

No entanto, mostra-se pertinente trazer à colação ressalva feita por Buschinelli (2014, p. 111) que relembra:

A constatação do abuso do direito de voto, por sua vez, pressupõe análise das circunstâncias fáticas e concretas em que o direito de voto foi exercido. Ademais, somente poderá ser considerado abusivo o voto que desrespeite de forma “excessiva” (CC, art. 187), ou manifesta, os limites a seu exercício.

A partir do pressuposto de que a aferição da ocorrência do abuso do direito de voto só pode ser feita em análise direta de caso concreto, observa-se que, em tese, seriam inumeráveis as possibilidades de sua ocorrência e das formas sob as quais poderia se manifestar tal abuso.

À vista disso, procura-se apresentar no presente estudo aquelas situações que são reputadas mais comuns, assim entendidas por se verificarem mais plausíveis de serem perpetradas pelo credor. Cabe a ressalva de que trata-se apenas de um rol exemplificativo de situações que poderiam caracterizar o abuso do direito de voto em função da busca de interesse egoístico.

5.2.2.1.1. *A cessão de crédito como abuso do direito de voto*

Bem se sabe que a cessão de crédito tem sido, no curso da história, um importantíssimo instrumento de promoção do desenvolvimento econômico-financeiro mundial.

Prática relativamente comum na vida empresarial nacional, a cessão de crédito por empresa economicamente saudável somente caracteriza uma transação envolvendo a transferência de direitos econômicos desta para um terceiro que passa a titularizar os créditos que lhe foram cedidos.

Entretanto, no âmbito do procedimento de recuperação judicial, esse negócio jurídico assume conotação diversa, uma vez que os créditos abrangidos pela recuperação judicial garantem ao seu titular, não só a aquisição dos direitos econômicos que o título de crédito representa, mas, também, a aquisição de direitos políticos, dentre os quais encontra-se o direito de voto.

Dessarte, torna-se possível a utilização da cessão de crédito como instrumento de manipulação do procedimento de recuperação judicial, o que poderia resultar em vantagem indevida para o adquirente do crédito cedido em detrimento dos demais credores, bem como do devedor, caso os direitos políticos oriundos do crédito cedido sejam utilizados para votar pela rejeição do plano de recuperação, por exemplo.

Referindo-se ao resultado da cessão de crédito no âmbito do procedimento de recuperação judicial, Buschinelli (2014, p. 119) sublinha que:

Abre-se, com isso, a possibilidade de emprego estratégico da cessão de créditos para que se obtenha posição majoritária em cada classe, ou, ainda, entre classes. Em decorrência de cessão de crédito, grupo de credores que alcançaria a maioria por cabeça, mas não por crédito, pode conquistar a possibilidade de ditar a orientação de voto de determinada classe. Pode ser obtida posição dominante de mais de dois terços dos créditos em uma classe, o que impediria a aprovação de um plano de recuperação judicial mesmo na hipótese de *cram down* (por inobservância do requisito previsto no artigo 58, §1º, III da LRF).

Importante ressalva faz Buschinelli (2014, pp. 119-120) no sentido de se ter atenção à

necessidade de observar as peculiaridades do caso concreto para a aferição da ocorrência do abuso do direito de voto pelo credor cessionário. Veja-se:

Há de se considerar, apesar da possibilidade descrita acima, que nem sempre o credor cessionário terá motivações estratégicas para a aquisição de crédito concursal. Nem todos os credores dispõem de conhecimento ou de paciência para enfrentar um procedimento de recuperação judicial. Tampouco estão dispostos a arcar com os custos de honorários advocatícios, de custas judiciais e de enfrentar potenciais conflitos judiciais decorrentes de impugnações a seu direito de crédito. Investidores especializados podem participar do processo concursal de forma mais eficiente (por já contarem com um departamento jurídico estruturado, por exemplo). Por conta disso, se os credores originais estiverem dispostos a aceitar deságio em relação ao valor de face de seus créditos, é possível que a aquisição do crédito possa ter em vista apenas aspectos econômicos.

Resta evidente que somente a análise de um caso concreto poderá fornecer os elementos essenciais para a caracterização da ocorrência do abuso do direito de voto pelo credor cessionário através da aquisição do crédito concursal, razão pela qual é de suma importância que, no curso do procedimento de recuperação judicial sejam analisadas as implicações e, conseqüentemente, a conveniência da realização de cessão dos créditos concursais pelo credor integrante da comunhão.

5.2.2.1.2. A Negociação Direta entre Credor e Devedor como Caracterizadora do Abuso do Direito de Voto

O sistema concursal pátrio tem como premissa a realização da negociação entre o devedor e seus credores, seja ela realizada através da Assembleia-Geral de Credores ou diretamente entre o devedor e um credor específico ou grupos de credores. Contudo, não se pode admitir que, a pretexto da realização de negociação paralela ao procedimento de recuperação judicial, o credor (ou grupo de credores) receba do devedor algum privilégio em detrimento dos demais integrantes da comunhão de credores.

A lógica seguida pelo sistema concursal estruturado pela LREF é a apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação judicial ao juízo (art. 53), que pode resultar na concessão da recuperação judicial, caso não seja apresentada objeção alguma pelos credores (art. 58, *caput*) ou, caso haja alguma objeção por parte dos credores, na convocação da Assembleia-Geral de Credores para deliberar sobre o plano (art. 56 c/c art. 55).

Prevê a LREF que, na Assembleia-Geral de Credores, é possível a aprovação do plano, sua rejeição ou, ainda, a sua modificação pelos credores (art. 35, I, “a”), frise-se que a modificação do plano de recuperação judicial depende do expresse consentimento do

devedor. Nada obstante, a norma em comento nenhuma menção traz em relação à possibilidade de realização de negociação, entre devedor e credor, paralela ao procedimento de recuperação judicial.

Consideração interessante oferece Buschinelli (2014, p. 117), para quem:

Parece claro e pouco discutível que essas negociações possam ocorrer. Um dos objetivos da Lei de Recuperação e Falência era o de estimular a participação ativa dos credores. Entretanto, não há clareza quanto à forma como pode ser viabilizada essa negociação. O Comitê de Credores, órgão de instalação facultativa no curso do procedimento de recuperação judicial, não tem competência para negociar com o devedor (LRF, art. 27, I). Resta, então, a possibilidade de negociações diretamente entre o devedor e todos os credores (sobretudo em assembleia), ou, ainda, entre o devedor e um ou mais credores fora de assembleia. A primeira possibilidade não gera questionamentos jurídicos, pois todos os credores podem participar da negociação em igualdade de condições. Sua efetividade, contudo, é reduzida por conta da complexidade de estruturar negociações com uma multiplicidade de partes.

Conforme se depreende das considerações supra expostas, a realização de negociações paralelas não encontra vedação legal e, em função disso, pode ser perfeitamente desenvolvida no curso do procedimento de recuperação judicial, inclusive quando realizada diretamente entre devedor e um credor (ou um grupo específico de credores), todavia, como ressalvado no início deste subcapítulo, o que não se pode admitir é que resulte de tais negociações a concessão de privilégios para um, ou alguns credores, em detrimento dos demais e da coletividade, o que configuraria, então, o abuso do direito de voto em função da negociação entre devedor e credor.

5.2.2.1.3. *A Prática do Favorecimento de credores como Abuso do Direito de Voto*

Inicialmente, afigura-se pertinente colacionar o curioso fato, porém, não menos relevante, de haver no Código Penal brasileiro, em seu artigo 177, §2º, expressa previsão do crime cometido pelo acionista que negocia seu voto na Assembleia-Geral de Sociedade Anônima com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem indevida, enquanto similar situação, se verificada no Âmbito da Assembleia-Geral de Credores na Recuperação Judicial, não gozar de igual previsão.

A LREF, em seu art. 172, tipifica a prática de favorecimento de credores,³ contudo,

³ **Art. 172.** Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais: (grifou-se)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

como ressalva Buschinelli (2014, pp. 111-112), o tipo penal previsto neste diploma revela-se menos abrangente do que aquele aplicável aos acionistas, previsto pelo Código Penal, em seu art. 177, §2º. Confira-se:

O âmbito de aplicação do crime concursal, portanto, é mais restrito que o crime de venda de voto nas deliberações de sociedade anônima; na LRF, não há menção à hipótese de negociação de voto de um credor com outros credores, mas apenas de negociação entre credor e devedor. Além disso, não há previsão acerca dos efeitos de um eventual acordo celebrado entre o credor e o devedor, ou entre o credor e outro credor ou terceiro interessado, para a manifestação de seu direito de voto. Deve-se, portanto, analisar quais os efeitos do recebimento de contraprestação sobre a validade do exercício do direito de voto e as diferentes formas de contraprestação que podem ser obtidas por um credor para o exercício do direito de voto.

Conforme observado no texto em destaque, no âmbito societário o voto exercido em função do recebimento de vantagem (direta ou indireta) indevida, enquanto negócio jurídico é nulo, pois eivado de vício, sendo, também, passível de sanção penal (CARVALHOSA, 1998, p. 344). No entanto, o mesmo não se verifica no tocante ao procedimento de recuperação judicial, visto que a LREF não traz previsão relativa à venda de voto no âmbito da Assembleia-Geral de Credores e, como visto supra, no Diploma Penal pátrio também não consta tal previsão.

Importante sublinhar que o fato da venda de voto não ser tipificado como crime não impede que a sua prática caracterize o abuso do direito pelo credor.

Expressa similar entendimento Buschinelli (2014, pp. 114) ao dizer que:

Apesar da ausência de previsão expressa a respeito das consequências da venda de voto por credor, é patente que, nessa situação, o credor votante obtém uma vantagem que não partilha com os demais integrantes da coletividade. Ao exercer seu direito de voto contra prestação pecuniária, o credor deixa de buscar a satisfação de seu crédito exclusivamente por meio do procedimento coletivo; seu voto não representa uma avaliação leal da viabilidade da empresa, pois o empobrecimento do devedor, a destruição de valor ou a pior satisfação dos credores lhe importarão menos. Ao não sacrificar seus interesses da mesma forma que os demais credores, aquele que recebe contraprestação pecuniária abusa do seu direito de voto, pois descumpre seu dever de lealdade para com os demais credores. Assim, embora seja possível a cessão de crédito [...], não é possível a cessão ou venda do direito de voto.

Ainda no tocante ao exercício do voto em razão do recebimento, pelo credor, de contraprestação, impende destacar que a contrapartida não necessariamente precisaria ser prestada em pecúnia, podendo advir, dentre outros, da possibilidade de celebração de contratos com outros credores ou, ainda com o próprio devedor, bem como da possibilidade de celebração diversos outros negócios jurídicos considerados vantajosos pelo credor para si,

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o credor que, em conluio, possa beneficiar-se de ato previsto no caput deste artigo. (BRASIL, 2005, p. 32)

mas, que nenhum proveito trariam para a comunhão e para os demais membros individualmente considerados.

5.2.2.1.4. O Abuso do Direito de Voto Caracterizado pelo Voto do Credor Titular de Créditos Enquadrados em Mais de uma Classe

Situação peculiar no âmbito do procedimento de recuperação judicial é aquela em que se encontra o credor titular de créditos enquadrados em classes diversas pela LREF.

Como se sabe, a LREF divide os credores em quatro classes distintas, alocando-os de acordo com a natureza do crédito que titularizam em face do devedor. Este tipo de classificação adotada pela LREF, não leva em consideração a possibilidade de que um mesmo credor seja, simultaneamente, titular de créditos enquadrados em mais de uma classe. Logo, o credor que se encontra nessa situação termina por exercer seu direito de voto em mais de uma classe.

A princípio, não haveria problema algum no exercício do direito de voto por um mesmo credor em classes distintas. Entretanto – ao realizar a avaliação da relação custo-benefício que o plano de recuperação terá para ele e assim decidir pela sua conveniência ou não – um credor considera tanto a sua posição caso o plano venha a ser aprovado, quanto a situação em que se encontrará caso rejeitado o plano e decretada a falência do devedor.

Quando submetido a essa situação um credor que disponha de crédito em classes diversas – tendo ele, a título exemplificativo, a parte mais significativa dos seus créditos na classe III, cujos créditos gozam de menores privilégios – poderia ele votar favoravelmente ao plano de recuperação judicial mesmo que isso significasse sacrificar excessivamente a parte de seus créditos enquadrada em classe cujos créditos gozam de maiores privilégios (classe I, por exemplo), desde que fosse mínimo o sacrifício imposto pelo plano à parte mais significativa dos seus créditos (aquela que, no exemplo inicial, encontra-se enquadrada na classe III).

A conduta descrita supra, origina-se, em regra, do entendimento de que seria aceitável para o credor onerar demasiadamente uma parcela dos seus créditos, desde que a outra parcela não fosse onerada ou, caso o fosse, tal sacrifício a ela imposto fosse mínimo, de modo a garantir que o “benefício” recebido nesta parcela dos seus créditos superasse o prejuízo sofrido naquela. Assim, se privilegiaria a posição global dos créditos em detrimento daquela

posição obtida em cada uma das partes isoladamente.

Como se tem visto, o exercício do direito de voto deve se pautar pelo dever de lealdade que vigora entre a coletividade de credores, contudo, na visão de Schmidt (2002, p. 114, apud BUSCHINELLI, 2014, p. 135), tal dever de lealdade vigora, também, em relação aos integrantes de uma determinada classe, conformando-se em uma comunhão de interesses específica, sendo, esta, parte da comunhão de interesses composta pela coletividade dos credores envolvidos no procedimento de recuperação judicial.

Mesmo ao constatar a dificuldade que as circunstâncias impõem para a aferição da ocorrência do abuso do direito de voto pelo credor que atua em duas ou mais classes no procedimento de recuperação judicial, Buschinelli (2014, p. 135) sugere forma de averiguar a existência do abuso. Veja-se:

Uma forma de avaliar a ocorrência do abuso do direito de voto é a análise do comportamento esperado das partes. Os credores com prioridade na falência aceitarão, normalmente, menos restrições a seu crédito do que credores em nível inferior na ordem de preferência. Quando, por exemplo, o credor aceita imposição de maior restrição ao seu crédito com garantia, para assegurar, por outro lado, tratamento favorecido enquanto credor quirografário há indício de abuso do direito de voto.

Portanto, verificado o exercício do voto pelo credor titular de créditos em mais de uma classe que, motivado pelo interesse em prestigiar a posição global dos seus créditos, aceita aprovar plano de recuperação judicial que sacrifica demasiadamente os créditos de uma das classes, porém, lhe proporciona vantagem em outra classe, tem-se como caracterizado o abuso do direito de voto pelo credor.

5.2.2.1.5. O Voto do Credor Concorrente como Caracterização do Abuso do Direito de Voto

Clássica situação propícia para a prática do abuso do direito de voto é a do credor que, além de titular do crédito concursal encontra-se, também, em posição de concorrência em relação ao devedor.

Mesmo tratando-se de situação propícia para a ocorrência do abuso do direito de voto pelo credor, tal prática é de difícil aferição, visto que passa impreterivelmente pela necessidade de se comprovar, não só a ocorrência de alteração relevante – provocada pela falência do devedor – na situação de concorrência verificada no mercado no qual credor e devedor atuam como concorrentes, como, também, que o direito de voto foi exercido com o

intuito de tirar do mercado o devedor ou, ao menos, diminuir sua capacidade concorrencial.

Constatada tal alteração no mercado e, comprovado o exercício do direito de voto pelo credor/concorrente, motivado pelo interesse particular em tirar do mercado o devedor para, assim, ampliar sua participação no mercado, tem-se como configurado o abuso do direito de voto pelo credor.

5.2.2.2. Abuso do Direito de Voto em Função da Adoção de Conduta Obstrutiva

Diante da apresentação de um plano de recuperação judicial pelo devedor ao juízo, impõe-se a necessidade dos credores se manifestarem, sendo o silêncio destes – não apresentação de objeções – caracterizado como concordância com o plano apresentado, sendo, então, concedida a recuperação judicial pleiteada pelo devedor (art. 58, *caput*, da LREF).

Entretanto, tem o credor o direito de apresentar objeções ao plano de recuperação judicial proposto pelo devedor, o que resultaria na convocação da Assembleia Geral de Credores (art. 56 c/c art. 55, da LREF), para deliberar a respeito da aprovação, rejeição ou, modificação do plano (art. 35, I, “a”, da LREF), dentre outros temas de sua competência.

A conduta obstrutiva adotada pelo credor – caracterizada, neste estudo, pela prática de ação voltada, única e exclusivamente, para a rejeição do plano de recuperação – pode ser configurada já na apresentação da objeção da qual trata o art. 55, da LREF, como, também, em qualquer deliberação – no âmbito da Assembleia Geral de Credores – na qual o credor exerça seu direito de voto no sentido de rejeitar o plano de recuperação judicial, sem que haja razão para tal. Ou seja, não tendo o credor razão para se manifestar contrariamente ao plano de recuperação proposto pelo devedor, ao fazê-lo, pratica o abuso do direito de voto em função da adoção de conduta obstrutiva.

Nesse contexto de adoção de conduta obstrutiva por parte do credor, ganha relevo o peso que o voto de cada credor tem no âmbito das deliberações que ocorrem no curso da recuperação judicial, visto que o voto de um credor que disponha da maioria dos créditos em uma das classes nas quais a votação se dá por “dupla maioria” tem um grande peso, pois lhe assegura poder de veto e, assim, sozinho ele pode impedir a aprovação do plano, o mesmo acontecendo caso um credor seja o único em sua classe.

Afirma Buschinelli (2014, p. 139) que a LREF não prevê, expressamente, nenhum dispositivo que vede a adoção de conduta obstrutiva pelo credor no procedimento concursal.

Destaca o autor que “*se o plano propõe uma alteração de qualquer monta ao crédito, o credor terá direito a voto (LRF, art. 45, §3º) e poderá exercê-lo para rejeitar o plano*”, o que torna ainda mais difícil coibir esse tipo de prática nociva ao procedimento de recuperação judicial.

Todavia, cabe salientar que consta do §1º, do art. 58, da LREF, mecanismo alternativo para a aprovação do plano de recuperação judicial (inspirado no *cram down* norte-americano) que visa coibir a adoção de conduta obstrutiva pelo credor, porém, este mecanismo mostra-se limitado, pois – de forma diversa do mecanismo que o inspirou – só permite que o magistrado conceda a recuperação judicial caso se obtenha, na classe que rejeitou o plano, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45, da LREF, limitação, esta, que dificulta a atuação coercitiva do juízo nos casos de adoção de conduta obstrutiva pelo credor titular de mais de 2/3 dos créditos de uma classe.

Com vistas à superação do obstáculo à atuação do magistrado no sentido de coibir a adoção de conduta obstrutiva pelo credor que, tendo poder de veto (mais de 2/3 dos créditos de uma classe), vota pela rejeição do plano de recuperação judicial, é proposta por Munhoz (2007) – como alternativa teórica para a concretização do disposto no art. 47, da LREF – a possibilidade de aprovação pelo juízo de plano de recuperação judicial que tenha sido rejeitado pela Assembleia-Geral de Credores, desde que se garantisse o *unfair discrimination*, tratamento igual ao prestado aos demais credores titulares de créditos da mesma natureza ao credor que rejeitasse o plano e o *best-interest-of-creditor*, recebimento por todos os credores de valor, no mínimo, igual ao que auferiria em caso de decretação de falência do devedor.

Pertinente se mostra a ressalva feita por Buschinelli (2014, p. 161) ao dizer que – consoante ao dever de lealdade que vigora na comunhão de interesses integrada pela coletividade de credores – este, “[...] *não exige que o credor ponha seu crédito a serviço da comunhão. Exige-se, contudo, que o credor não prejudique a comunhão nem prejudique outros credores sem interesse legítimo*”.

Ainda no tocante ao modo de aferição da possível ocorrência do abuso do direito de voto em função da adoção, pelo credor, de conduta obstrutiva, Buschinelli (2014, p. 163-164) sustenta que:

A análise deve ser fática e o magistrado, para realizá-la, poderá se valer de perícia. A solução sem dúvida permite certo subjetivismo do magistrado, que terá de afirmar a probabilidade de ocorrência de eventos futuros. Há, naturalmente, espaço para certa subjetividade. Entretanto, pela leitura dos acórdãos analisados, a jurisprudência já vem fundamentando decisões invocando a viabilidade da empresa em crise. O que se propõe, então, não é alteração fundamental, mas a adoção de postura que proporcione incremento na transparência e na objetividade das decisões.

A etapa seguinte consiste em determinar se o comportamento carece de fundamento legítimo. Na deliberação sobre o plano de recuperação judicial, está em questão uma decisão econômica. Conquanto essa decisão seja tomada de forma discricionária pelo credor, sua legalidade encontra limites na ausência de interesse legítimo para a rejeição ao plano.

No âmbito da recuperação judicial, o fundamento legítimo para a rejeição ao plano proposto pode ser encontrado na comparação entre a posição em que estaria o credor na hipótese de falência e de recuperação judicial. Caso se compare a satisfação provável do credor sob a falência com o pagamento proposto no plano de recuperação judicial e conclua-se que o plano propõe pagamento superior ao que seria obtido na falência, pode haver abuso do direito de voto. A superioridade, contudo, deve ser manifesta. O requisito consta do artigo 187 CC para a configuração do abuso do direito e mostra-se especialmente adequado no contexto do abuso negativo do direito de voto pelo credor. Em vista da grande subjetividade envolvida em avaliações econômicas, o magistrado deve-se limitar a conhecer casos de flagrante falta de interesse legítimo.

Por fim, ressalta-se que orientada a ação do credor pelo dever de lealdade, pela observância da boa-fé e pelo respeito aos limites impostos ao exercício do seu direito de voto, certamente ele não praticará conduta apta a configurar o abuso do direito de voto. No entanto, ao desconsiderar qualquer destes preceitos, poderá incidir na prática do exercício abusivo do direito de voto.

6. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE VOTO: VIÉS DOCTRINÁRIO E CONTORNOS JURISPRUDENCIAIS

Tem-se visto no curso do presente estudo que o exercício do direito de voto pelo credor – assim como diversas outras posições jurídicas – deve observar os limites que lhe são impostos pelos seus fins econômicos ou sociais, pela boa-fé e, ainda, pelos bons costumes (CC, art. 187).

A inobservância de tais limites no curso das deliberações sobre o plano de recuperação judicial, no âmbito da Assembleia-Geral de Credores, pode ensejar, a princípio, duas consequências diversas, a saber, a anulação do voto resultante do exercício abusivo do direito pelo credor, bem como a responsabilização civil do credor por eventuais danos oriundos da sua conduta abusiva.

Na busca pelo estabelecimento de parâmetros para a caracterização do abuso do direito de voto, observa-se que, mesmo diante do fato de não ter a LREF definido parâmetros objetivos para este fim, a aplicação direta, ao caso concreto, de conceitos abertos e genéricos não seria a medida mais eficaz para aferição da efetiva ocorrência do abuso do direito de voto pelo credor.

Nesse sentido merece destaque a lição oferecida por Cordeiro (2011, p. 876) ao ensinar que “*não há limites genéricos aos direitos mas, tão só, disposições limitativas. Todos os limites efetivos ao conteúdo dos direitos exigem uma determinação do caso concreto*”.

À vista disso, impende destacar que, para a caracterização da ocorrência do abuso no exercício do direito de voto pelo credor, é preciso manter sempre em perspectiva a necessidade de se analisar as peculiaridades do caso concreto, sob pena de se obter conclusões tendenciosas e incoerentes com a realidade fática, em razão da aplicação de pensamentos indutivos e sem fundamento na realidade do caso em apreço.

Portanto, resta evidente que a efetiva caracterização da ocorrência do exercício abusivo do direito de voto pelo credor, no âmbito da Assembleia-Geral de Credores, somente será possível após analisadas as peculiaridades do caso concreto e as consequências que advirão da configuração do abuso apenas serão determinadas após a correta delimitação dos contornos e implicações da conduta perpetrada pelo credor ao exercitar o seu direito de voto.

No entanto, serão apresentadas a seguir algumas das possíveis sanções vislumbradas pela doutrina como aplicáveis, em regra, aos casos de exercício abusivo do direito de voto,

com vistas ao enfrentamento desse problema, bem como será analisada a forma como a jurisprudência pátria tem lidado com os casos concretos, nos quais resta configurado o abuso do direito de voto.

6.1. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ABUSO DO DIREITO DE VOTO: VIÉS DOCTRINÁRIO

O instituto jurídico do abuso do direito tem sido visto pela doutrina, tradicionalmente, como causa ensejadora da responsabilidade civil. Desde os primórdios do instituto, tem se perpetuado tal entendimento, passando pelo seu aprimoramento pela doutrina francesa, pelas experiências alemã, italiana e norte-americana e sendo, também, constatado esse viés na doutrina pátria ao longo do tempo.

Tal acepção do instituto do abuso do direito (aqui entendido como gênero) tem sido empregada também no tocante ao abuso do direito de voto pelo credor (visto como espécie, do gênero abuso do direito). Assim, tem-se que o exercício abusivo do direito de voto, no âmbito das deliberações a respeito do plano de recuperação judicial, pode ensejar a responsabilidade civil do credor pelos danos por ele causados.

Consoante à responsabilidade civil daquele que exerce um direito de forma abusiva, mostra-se pertinente ressaltar a existência de divergência doutrinária acerca do aspecto objetivo ou subjetivo do abuso do direito.

Há, entre os juristas, aqueles para os quais o simples enquadramento do abuso do direito – disposto no artigo 187, do Código Civil – como espécie de responsabilidade civil objetiva não responde a todas as indagações pertinentes às implicações oriundas do exercício abusivo do direito.

Nessa linha, defende Schmidt (2009, pp. 464-466, apud BUSCHINELLI, 2014, p. 66) que é essencial se diferenciar as consequências decorrentes do abuso do direito para, com base nelas, determinar se a conduta abusiva se configura de modo objetivo ou se, ao invés, carece de indagação acerca da vontade do autor de praticar o ato ilícito, bem como a respeito da sua culpabilidade.

Entendimento similar expressa Buschinelli (2014, p. 66) ao asseverar que:

Nas hipóteses em que o abuso do direito gera dano, não é possível concordar com a doutrina segundo a qual a responsabilidade daí decorrente seria objetiva. Para esses doutrinadores, não seria necessário sindicat o objetivo de causar dano ou a

culpabilidade do agente para que este seja responsável por indenizar os danos a que der causa. Contudo, se a regra geral da responsabilidade civil pressupõe a culpabilidade (CC, art. 186; ‘por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência’), e se a responsabilidade objetiva é excepcional aos casos previstos em lei, e àqueles em que a atividade normalmente desenvolvida implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (CC, art. 927, par. ún.), não é compreensível a razão pela qual não se exigiria a culpabilidade como requisito para a responsabilidade civil no exercício abusivo do direito. Aplicar a responsabilidade objetiva a essa hipótese significaria afirmar que aquele que age com base em um direito de que é titular, mas dele abusa, responde objetivamente, ou seja, de forma mais gravosa, ao passo que aquele que causa dano a outrem pura e simplesmente, sem invocar o exercício de um direito, responderia de forma mais branda, pois só cometeria ilícito se agisse com culpa ou dolo. O resultado é contraditório e, por isso, deve ser rechaçado. Se o abuso do direito causar danos a outrem, a responsabilidade daí decorrente ao agente que causar o dano é regrada pelo regime geral da responsabilidade civil, tendo natureza de responsabilidade subjetiva.

Em contrapartida, existem juristas que entendem ser objetiva a responsabilidade civil decorrente do ato abusivo, como os juristas presentes na I Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, que firmaram entendimento no sentido de que o abuso do direito prescrito pelo Código Civil, em seu artigo 187, se enquadraria na categoria de ato ilícito que, para sua caracterização, não depende de culpa ou dolo do autor, e, por conseguinte, configuraria espécie de responsabilidade civil objetiva⁴.

Nesse sentido, Aguiar Júnior (1999, p. 05) entende que se elimina o elemento subjetivo, a saber, a vontade de causar dano a outrem, que, até então, a jurisprudência pátria exigia que estivesse presente para a configuração da ocorrência do abuso do direito.

Observam, Farias e Rosendal (2013, p. 703), que “*o legislador qualificou o abuso do direito como ato ilícito e concordemos ou não, é assim que doravante deveremos tratá-lo*”. Ressalvam, entretanto, os referidos autores que “[...] *de maneira alguma a referida qualificação retira do abuso do direito a sua completa autonomia com relação ao ato ilícito subjetivo, ancorado na culpa*”.

Carpina (2002, p. 382), ao analisar a concepção de abuso do direito como espécie de ato ilícito contida no Código Civil, tece relevante e contundente crítica, qualificando tal concepção como “*absolutamente anacrônica, por obscurecer os contornos da matéria e caminhar no sentido da responsabilidade civil subjetiva, sendo a culpa elemento quase indissociável do conceito de ilicitude*”.

Apesar das divergentes concepções apresentadas pelas correntes de pensamento

4 CJP, I Jornada de Direito Civil, tópico 5.3 Responsabilidade Civil, Enunciado nº 37 – **Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.**

objetivista e subjetivista, ambas concluem ser cabível a responsabilização civil do titular do direito que o exerce em manifesto excesso aos limites que lhe são impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e, ainda, pelos bons costumes.

Além da clássica aceção de que o abuso do direito tem como possível consequência a responsabilidade civil, concebe a doutrina pátria, ademais, que o instituto do abuso do direito visa limitar o exercício manifestamente excessivo de posições jurídicas, sendo esta a sua principal aceção.

Nesse sentido, Buschinelli (2014, pp. 64-65) salienta que:

Para além dessa função 'clássica' do abuso do direito, que é a de fundamentar a responsabilidade civil e que já vinha sendo reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência antes do Código Civil de 2002, a principal potencialidade do art. 187 do CC consiste na função de limitar o exercício de posições jurídicas, com base no dever de boa-fé. A jurisprudência alemã e a jurisprudência portuguesa desenvolveram, sob essa epígrafe, diversos grupos de casos típicos em que o exercício de uma posição jurídica se mostra inadmissível, como é o caso do *venire contra factum proprium*, das inalegabilidades de nulidades formais, da *supressio e surrectio*, do *tu quoque* e do desequilíbrio no exercício.

Com base na análise de situações como as descritas supra, complementa o autor observando que:

Nesses grupos de situações, o exercício abusivo pode, ou não, causar danos a outrem e, conseqüentemente, gerar o dever de indenizar. A principal consequência jurídica, contudo, é de outra natureza. Do abuso do direito podem decorrer, principalmente, a ineficácia do exercício de direitos potestativos (por exemplo, da denúncia imotivada em contrato relacional) ou a invalidade negocial. (BUSCHINELLI, 2014, p. 65)

Com base nos textos expostos supra, é possível depreender que do exercício abusivo do direito de voto pelo credor podem decorrer, como conseqüências, a anulabilidade do voto proferido em manifesto excesso aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, bem como a responsabilidade civil do credor pelos danos ocasionados pela conduta abusiva por ele perpetrada.

Mostra-se relevante, neste ponto, trazer à colação importante advertência tecida por Bezerra Filho (2016, p. 66) sobre a atuação de credores com garantia real nas deliberações em Assembleia-Geral de Credores, veja-se:

Embora a Lei seja o resultado do sentimento médio acima referido, evidentemente há determinados setores da população da população que fazem com que suas vozes sejam ouvidas de maneira mais determinante. Foi o que aconteceu na elaboração desta nova Lei de Recuperação e Falências, Projeto de Lei 3.476/1993, que inicialmente preocupou-se seriamente com a recuperação das empresas e que, a partir de determinado momento (em torno dos anos 2000/2001), começou a sentir a pressão de um dos setores mais organizados – e certamente o mais forte – nos dias atuais, ou seja, dos banqueiros nacionais e internacionais, se é que se pode admitir

nacionalidade em tais setores. E a Lei, que até aquele momento caminhava no sentido de tentar propiciar condições de recuperação às empresas em dificuldade, passou a se preocupar com a criação de condições para que o capital financeiro investido retornasse rapidamente às origens. Em outras palavras, antes de qualquer preocupação com recuperação da empresa, a Lei se preocupa em "salvar" o dinheiro investido pelo capital financeiro, inviabilizando – ou ao menos tornando bastante problemática – a possibilidade de recuperação.

Complementa, o referido autor, sua advertência ao lançar luz sobre as possíveis e perigosas distorções decorrentes da opção desses credores, que, em regra, são representantes do setor financeiro e são motivados pela ambição na busca por alta lucratividade e retorno rápido do capital investido. Veja-se:

A distorção decorrente de tal previsão legal é tão acentuadamente perigosa, que a prática tem demonstrado que para bancos com créditos garantidos por bens de grande valor, mais interessante pode ser mesmo a falência e não a recuperação. Isto porque se os créditos trabalhistas não forem de grande monta, na falência serão pagos tais créditos laborais e, logo em seguida, o banco receberá seu crédito por efeito da garantia, sem qualquer perigo de preferência fiscal. Já em qualquer execução da garantia em caso de não falência, sempre haverá a preferência do credor fiscal. A propósito, este seria um argumento para não se admitir requerimento de falência por parte de credor com garantia real, a menos que desista da garantia, como aliás constava expressamente da alínea b do inc. III do art. 9º do Dec.-lei 7.661/1945, a lei anterior de falência e concordata. (BEZERRA FILHO, 2016, p.68)

Com o intuito de obstruir e inviabilizar a adoção desse tipo de comportamento reprovável e obviamente nocivo ao procedimento de recuperação judicial de empresas, o direito norte-americano desenvolveu o mecanismo denominado “*cram down*” e sobre este instituto originário do direito norte-americano discorre Tokars (201-?, pp. 1-3): (grifou-se)

Para evitar uma oposição injustificada de credor relevante [...], desenvolveu-se no direito norte-americano o instituto do *cram down* (em tradução livre: empurrar goela abaixo). Autoriza-se o juiz a aprovar o plano rejeitado por alguma classe de credores, desde que se verifique a viabilidade econômica daquele plano e a necessidade de se tutelar o interesse social vinculado à preservação da empresa. Na contraposição entre o interesse público e o particular, protege-se o que efetivamente deve ser protegido.

No Brasil, a Lei 11.101/2005 aparentemente contém um instituto próximo ao *cram down*. De acordo com o § 1.º do art. 58, ‘o juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa: I o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; II a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; III na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1.º e 2.º do art. 45 desta Lei.’ A regra é complementada pelo § 2.º: ‘A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1.º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.’

[...] Contudo, as limitações impostas pela lei, além de nos forçar a rememorar as lições de matemática, praticamente inviabilizam a aplicação do instituto. A decisão que se sobrepõe à reprovação do plano não se funda no interesse social, mas sim na verificação de uma espécie de quorum alternativo de deliberação. E um

quorum alternativo que está muito próximo ao necessário para a aprovação. [...] Tudo somado, subtraído, multiplicado e dividido, cria-se um belo problema de matemática para a quinta série. Mas, no plano jurídico, a proteção do interesse social por meio do *cram down* não passa de retórica legislativa.

Como é possível perceber, no Brasil, a LREF não dispõe de mecanismos objetivos para a caracterização do abuso do direito no âmbito das deliberações nos conclaves de credores realizados no curso do procedimento de recuperação judicial.

Contudo, a jurisprudência pátria tem caminhado no sentido do repúdio ao exercício abusivo de direitos e prerrogativas, utilizando-se de ferramentas oriundas do Código Civil, aplicando-o subsidiariamente, bem como da interpretação dos dispositivos legais a partir dos seus princípios fundantes e à luz da Constituição da República Federativa do Brasil.

Exposta a visão doutrinária sobre a matéria, passa-se a demonstrar, a seguir, como a jurisprudência brasileira tem lidado com casos de exercício abusivo do direito de voto pelo credor.

6.2. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ABUSO DO DIREITO DE VOTO: CONTORNOS JURISPRUDENCIAIS

Os tribunais brasileiros, quando constatarem a configuração do exercício abusivo do direito de voto pelo credor nas deliberações referentes à votação do plano de recuperação judicial, em regra, têm adotado como fundamento para a desconsideração do voto tido como abusivo a violação aos princípios da preservação da empresa, bem como da sua função social, ou ainda, a inobservância da boa-fé e de seus corolários e, em certos casos, até o abuso de minorias.

Serão apresentados, a seguir, alguns casos – nos quais se alega a ocorrência de abuso do direito de voto pelo credor – apreciados por tribunais pátrios e as conclusões as quais esses tribunais chegaram.

6.2.1. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Inicialmente apresenta-se aresto oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Confira-se: (grifou-se, além dos grifos do original)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO DO PLANO E SEU ADITIVO. APLICAÇÃO DO CRAM DOWN. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUIZ NO RESULTADO

DA VOTAÇÃO QUE REJEITOU O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA IMPOR A APROVAÇÃO DA PROPOSTA AOS CREDORES, QUANDO A RECUSA NÃO É JUSTIFICADA E FUNDAMENTADA DE FORMA LEGÍTIMA. APLICAÇÃO DO PRÍNCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA EM DETRIMENTO DO VOTO DO CREDOR DE EXPRESSIVO CRÉDITO E ÚNICO NA CLASSE II (GARANTIA REAL). VOTO DISCORDANTE QUE CONFIGURA O ABUSO DE MINORIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 47 E 58 DA DA LEI DE FALÊNCIAS E ARTIGO 170 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1- O fundamento do processo de recuperação judicial é permitir a empresariado em situação de crise econômico-financeira elaborar um plano de recuperação, sujeito à análise dos credores, e, assim, possibilitar a preservação de empresas economicamente viáveis que, contudo, suportam insolvência momentânea.

2- Havendo a rejeição por alguma das classes de credores (titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, titulares de crédito com garantia real e titulares dos demais créditos abrangidos na recuperação), a recuperação judicial se transforma em falência, e a empresa será encerrada para que se proceda à sua liquidação.

3- Insurge-se o banco agravante no sentido de que o Princípio da Preservação da empresa não deve prevalecer sob a legislação eis que a presente recuperação judicial foi concedida em total inobservância ao disposto nos incisos I e III do §1º artigo 58 da Lei 11.101/2005, que prevê que nos casos em que não ocorra a aprovação do Plano de Recuperação Judicial em Assembleia, caberá ao juízo a sua concessão desde que presentes os requisitos cumulativos do mencionado dispositivo.

4- O fato do banco agravado ser o único integrante da Classe II, impossibilita o preenchimento do inciso III, do §1º do art. 58 da LF, que exige a existência de pluralidade de credores e ceifa completamente um dos fundamentos do presente recurso.

5- No que concerne ao previsto no inciso I, do §1º do art. 58, da LF, é certo que diante de figurar o banco com expressivo crédito e em sendo único na Classe II, o seu voto pela reprovação deságua necessariamente no impedimento da homologação da recuperação diante de seu poderio dentre os credores. Contudo, rejeitado o seu voto o percentual a que menciona o dispositivo foi viabilizado de forma afortunada o que se vale expressar aqui no equivalente em 86,273%.

6- In casu, observando o juízo a necessidade de tutelar o interesse social bem como prejudicialidade em razão da vontade discordante de um dos credores, aprovou o plano de recuperação judicial diante do exercício manifestamente excedente dos limites impostos pelo fim econômico-social, pela boa-fé ou pelos bons costumes pelo titular do direito de voto.

7- O legislador ao editar a Lei 11.101/2005 preocupou-se em amparar o direito dos credores quando se permite a concessão da Recuperação Judicial através da votação destes com a convocação de Assembleia Geral de Credores, dando-lhes poderes para decidir o destino da empresa com a aprovação ou rejeição ao plano de recuperação apresentado, conforme expresso no artigo 47 da lei supracitada.

8- Não obstante isso, também proporcionou a atuação do administrador judicial, nomeado pelo juízo, que serve para amenizar as dúvidas trazidas pelos credores, bem como viabilizar o procedimento com a análise dos créditos devidos e, na hipótese, a administração judicial foi favorável ao Plano de Recuperação Judicial assim como o Ministério Público especializado.

9- Evidentemente o poder de barganha dos credores, a possibilidade de se impor frente ao devedor, estará diretamente vinculada ao percentual que seus créditos representam nas suas respectivas classes, sua capacidade de articulação (com os demais credores) e o manejo das informações estratégicas – especialmente sobre a real condição do devedor.

10- Certo é, que o voto do banco Santander S.A., manifestado na Classe II de credores, é claramente incompatível com a função pública do instituto da recuperação da empresa, podendo o juiz reconhecê-lo em razão do exercício manifestamente excedente dos limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes pelo titular do direito de voto.

11- Noutro giro, deve-se redundar ao fato de que o banco agravante nada questiona no tocante a inviabilidade do Plano de Recuperação, o que denota que a par dos interesses do processo recuperacional o banco age em prol de seus interesses e vantagens individuais.

12- Daí, imperiosa a atuação judicial com vistas a reprimir eventuais abusos cometidos pelo credor quando configurado o abuso de minoria.

13- Fato é, que ao julgador há de ser dado certo campo de atuação além dos limites literais da lei para que prevaleça o princípio da manutenção da empresa que revele possibilidade de superar a crise econômico financeira pela qual esteja passando e tal princípio se consagra expressamente no art. 47 da Lei de Falências.

14- Por fim, ressalte-se que, a qualquer momento durante o processo de recuperação judicial, pode haver a convocação em falência por descumprimento de qualquer dever assumido no plano ou, ainda, por deliberação da assembleia-geral de credores, na hipótese de não lhes ser mais conveniente e adequada a manutenção da proposta, em razão de alguma conduta realizada pela parte devedora, desde que alcançado o quorum legalmente previsto no art. 42 da Lei n. 11.101/2005, afastado, é claro, o abuso de direito de voto.

15- Daí, o desprovemento do recurso do banco agravante. (RIO DE JANEIRO, 2017, pp. 126-128)

Conforme observado no parágrafo introdutório deste subcapítulo, é comum se verificar nos julgamentos de lides que tenham como objeto o exercício abusivo do direito de voto a recorrente alusão ao princípio da preservação da empresa, bem como de sua função social.

Neste aresto do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o Douto Relator, Desembargador Guaraci de Campos Vianna inicia seu voto ressaltando o objetivo do procedimento de recuperação judicial e seus desdobramentos relacionados à preservação da empresa economicamente viável. Atente-se para o trecho, infra, extraído do voto do Douto Relator: (grifou-se)

Como sabido, o fundamento do processo de recuperação judicial é permitir a empresariado em situação de crise econômico-financeira elaborar um plano de recuperação, sujeito à análise dos credores, e, assim, possibilitar a preservação de empresas economicamente viáveis que, contudo, suportam insolvência momentânea. O instituto da recuperação de empresas que, permite duas formas, a judicial e a extrajudicial, é a solução legalmente estipulada para tentar conservar em funcionamento as empresas em esfinges econômicas temporárias de modo a assegurar os empregos viventes e os interesses de terceiros tais como credores, consumidores e o próprio Fisco.

Em verdade, trata-se de uma cadeia de atos praticados sob a direção judicial e destinados a reestruturar e manter em funcionamento a empresa em dificuldades financeiras temporárias. (RIO DE JANEIRO, 2017, pp. 143-144)

Acrescenta, ainda, o Douto Relator:

Ocorre que tal fim pode ser frustrado se dentre outras hipóteses, algum credor relevante se opuser ao plano de recuperação, como é a hipótese dos autos.

Havendo a rejeição por alguma das classes de credores (titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, titulares de crédito com garantia real e titulares dos demais créditos abrangidos na recuperação), a recuperação judicial se transforma em falência, e a empresa será encerrada para que se proceda à sua liquidação. (RIO DE JANEIRO, 2017, p. 144)

Da análise do aresto apresentado supra é possível depreender, também, que ao caso concreto foi aplicado o dispositivo previsto na LREF (§1º, do art. 58), inspirado no instituto originário do direito norte-americano chamado *cram down*.

Entretanto, cumpre salientar que a aplicação desse instituto ao caso em comento se deu de forma bem similar àquela verificada no seu ordenamento jurídico originário, visto que no caso em tela, a recuperação judicial foi concedida, mesmo sem que tivessem sido atendidos todos os requisitos previstos no §1º, do art. 58, da LREF, com fundamento na prevalência do princípio da preservação da empresa em relação aos interesses individuais do credor.

Nesse sentido, em seu voto o Douto Relator assevera: (grifou-se)

Isso porque, na contraposição entre o interesse público e o particular, protege-se o que efetivamente deve ser protegido, ou seja, pelo princípio da preservação da empresa, os interesses dos credores ficam subordinados a superação da crise da sociedade empresária. (RIO DE JANEIRO, 2017, p. 145)

Considerando as peculiaridades do caso em concreto, ressalta o Douto Relator que: (grifou-se)

In casu, observando o juízo a necessidade de tutelar o interesse social bem como prejudicialidade em razão da vontade discordante de um dos credores, aprovou o plano de recuperação judicial diante do exercício manifestamente excedente dos limites impostos pelo fim econômico-social, pela boa-fé ou pelos bons costumes pelo titular do direito de voto. (RIO DE JANEIRO, 2017, p. 147)

Salta à vista, a partir da leitura dos fragmentos de texto extraídos do voto do Douto Relator, que além de recorrer ao princípio da preservação da empresa – um conceito aberto e abstrato – o julgador recorre ao Código Civil, que em seu artigo 187⁵, prescreve parâmetros para a caracterização do abuso do direito.

Outros princípios e fundamentos podem ser depreendidos da análise acurada do voto exarado pelo Douto Relator, como observa-se nos trechos apresentados a seguir: (grifou-se)

Importante destacar a sua aplicabilidade também no que coerme a necessidade de beneficiar os demais credores em detrimento daquele que não aprovou o plano, o que configuraria afronta ao princípio da igualdade de credores, contrariando o ordenamento jurídico brasileiro. Ainda mais, em se tratando de credor único na classe II.

A preservação da empresa está ligada à função social que a mesma desenvolve como gerar empregos, investimentos e ser parte responsável para o desenvolvimento sócio econômico do país, fomentando a economia com geração de renda através da atividade desenvolvida, dado efetividade aos princípios onstitucionais da ordem econômica disposto no artigo 170 de nossa Carta Magna. (RIO DE JANEIRO, 2017, p. 149)

⁵ **Art. 187.** Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002, p. 16)

Consoante à invalidação do voto abusivo, merece destaque a ressalva, reproduzida a seguir, feita pelo Douto Relator em seu voto: (grifou-se)

Ora, a invalidação do voto abusivo não pretende retirar do credor o papel que ocupa no processo recuperacional ou tolher-lhe a liberdade de negociação e deliberação acerca do plano de recuperação, mas tão somente a adequação da sua atuação aos fins visados pela Lei 11.101/2005:

Nesse sentido, a lição de Jorge Lobo, ao frisar que: ‘(...) ao votar na assembléia geral, o credor não pode perpetrar o famigerado abuso de minoria e agir para atender, exclusivamente, ao seu próprio interesse, pois, convocado a deliberar sobre o plano de recuperação ou as alterações a ele propostas, o credor deve ponderar os princípios, que orientam a LRE, e os fins, por ela colimados. (2009, p. 92).’ (RIO DE JANEIRO, 2017, p. 151)

Resta evidente que diversos foram os argumentos apontados pelo Douto Relator no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0060211-41.2016.8.19.0000, pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, todos aptos a fundamentar a opção pela desconsideração do voto exercido de forma manifestamente abusiva pelo credor no curso das deliberações sobre o plano de recuperação judicial.

Dá-se continuidade à análise jurisprudencial com a apresentação, a seguir, de arestos que demonstram como se manifestam outras cortes a respeito desse tema, ressaltando que – para se evitar repetições e delongas desnecessárias – serão abordados apenas os aspectos distintivos existentes entre o julgado do TJRJ e os julgados das demais cortes citadas.

6.2.2. Tribunal de Justiça de Goiás

Foi Selecionado, do Tribunal de Justiça de Goiás, na região centroeste do país, o seguinte julgado: (grifou-se)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INSURGÊNCIA DO CREDOR COM GARANTIA REAL. APLICAÇÃO DO MECANISMO CRAM DOWN – ART. 58, § 1º, LEI 11.101/2005. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA – ART. 47, LRF. DESPROVIMENTO.

1 – Aprovado o plano de recuperação judicial pela maioria dos credores, defeso ao Judiciário ultrapassar os limites definidos na lei de regência, cabendo-lhe intervir, apenas, quando o plano incidir em ofensa à norma de ordem pública, inconstitucionalidade ou abuso de direito.

2 – Possível a aprovação do plano de recuperação ainda quando não alcançado o quorum qualificado exigido na lei, desde que cumprido o quorum supletivo (cram down) previsto no art. 58, § 1º, Lei 11.101/2005. Aplicação do princípio da preservação da empresa – art. 47, LRF.

3 – Agravo desprovido. (GOIÁS, 2017, pp. 19-20)

No voto condutor do Acórdão, cuja ementa encontra-se reproduzida supra, a Douta Relatora, Desembargadora BEATRIZ FIGUEIREDO FRANCO, no tocante ao tema abuso do direito

de voto pelo credor, segue linha de entendimento similar à apresentada no julgado do Rio de Janeiro.

Todavia, neste caso em concreto, os requisitos previstos no §1º, do artigo 58, da LREF encontram-se devidamente atendidos, o que permitiu a aplicação do dispositivo sem necessidade de uma fundamentação mais elaborada.

Feita essa observação, pode-se destacar trecho do voto da Douta Relatora no qual ela ressalta a possibilidade de aplicação do quórum supletivo ao caso submetido à sua relatoria. Veja-se:

No caso concreto, embora tenha havido a aprovação por 60% (sessenta por cento) dos credores da classe II (credores com garantia real), tem se que representam apenas 36,6% dos créditos desta classe, não preenchendo assim o disposto no art. 45, § 1º, LRF, abrindo-se possibilidade de utilização do quorum supletivo previsto no art. 58, da referida lei. (GOIÁS, 2017, p. 11)

Como se pode perceber, a aplicação deste dispositivo ao caso concreto – por tratar-se de critério objetivo para a desconsideração do voto exercido de forma abusiva – facilita a atuação do Juízo que apenas afere o atendimento aos requisitos exigidos pela lei e, atendidos, estes, no caso concreto, executa a prescrição legal.

Ademais, afigura-se interessante colacionar o posicionamento expressado pela Douta Relatora em seu voto a respeito da aplicabilidade do chamado “*cram down*”:

A figura do *cram down* deve ser aplicada pelo Poder Judiciário quando constata a existência de situações iníquas, de molde a preservar os interesses da maioria dos credores presentes à assembleia, devendo prevalecer a presunção de exequibilidade decorrente da decisão coletiva dos credores que, em sua maioria, optou por conceder a benesse à agravada. (GOIÁS, 2017, p. 13)

Por fim, impende destacar o trecho final do voto condutor do Acórdão em comento, trecho, este, no qual a Douta Relatora, ao concluir seu voto, faz relevante consideração sobre as consequências do abuso do direito de voto pelo credor. Veja-se: (grifou-se)

Assim é que, ausente prejuízo aos credores que, ao aprovarem o plano acreditaram na recuperação judicial das empresas embargantes, e atenta ao princípio da preservação da empresa, trazido no art. 4712 da lei de regência, mantenho o plano de recuperação judicial aprovado em assembleia geral de credores. (GOIÁS, 2017, p. 18)

Mostra-se relevante o destaque feito supra, pois, é entendimento prevalente tanto na doutrina, quanto na jurisprudência nacional que, verificada a ocorrência de dano decorrente do exercício abusivo do direito de voto pelo credor, pode ser determinada – além da desconsideração do voto exercido de forma abusiva – a responsabilidade civil do credor pelos danos por ele causados. Razão pela qual foi pertinente a atenção dispensada pela Douta

Relatora para esse ponto.

6.2.3. Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, vem o aresto cuja ementa se reproduz a seguir e será objeto de análise neste ponto: (grifou-se)

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Plano aprovado pela maioria dos credores trabalhistas e quirografários (classes I e III do artigo 41 da Lei n. 11.101/2005) e rejeitado por credor majoritário com garantia real (classe II). Não cumprimento da regra inserta no artigo 45 da referida legislação, que exige o acolhimento da proposta por todas as classes. Decisão agravada que decretou a falência das empresas (art. 56, § 4º). Insurgência das recuperandas. Alegado abuso de direito de voto por parte do banco agravado, detentor de 71% dos créditos da classe II, que inviabilizou a aprovação do plano pelo quorum alternativo disposto no art. 58, § 1º, da LRE. Impossibilidade, em tese, de interferência judicial na deliberação da assembleia geral (autonomia de vontade). Ausência, no entanto, de motivação satisfatória e plausível apresentada pelo recorrido que demonstrasse prejuízo considerável à sua própria atividade bancária. Posição individualista que não justifica o repúdio às condições fixadas pelas recuperandas. Princípio da preservação da empresa, com manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos demais credores, que deve prevalecer. Abuso de direito, de fato, evidenciado que, com a inspiração do instituto do *crow down* na sua vertente originária norte-americana, permite o controle de legalidade da decisão assemblear. Posicionamento amparado nos Enunciados ns. 44 e 45 da I Jornada de Direito Comercial CJF/STJ e na jurisprudência dos Tribunais. Preenchimento, ademais, do outro requisito descrito no § 2º do art. 58 (*par conditio creditorium*) para concessão pelo juiz da recuperação. Viabilidade de subsistência das empresas agravantes no mercado demonstrada. *Decisum* impugnado reformado. Reclamo provido. (SANTA CATARINA, 2016, p. 01)

Como se pode depreender da leitura da ementa supra exposta, temas como princípio da preservação da empresa e *cram down*, figuram neste julgado, assim como nos anteriores, todavia, temas diversos também são apreciados neste, enquanto naqueles não figuraram, como é o caso da figura da “*par conditio creditorium*”.

No julgado ora em comento, o Douto Relator, Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA, sublinha que “*admite-se, por construção da doutrina e da jurisprudência, o controle judicial da legalidade do voto proferido em assembleia, mediante o exame de abuso de direito do credor*”. (SANTA CATARINA, 2016, p. 07)

Para corroborar sua acertiva o Douto Relator menciona enunciados oriundos da I Jornada de Direito Comercial do CJF/STJ. Veja-se:

Nesse sentido, os Enunciados ns. 44 e 45 da I Jornada de Direito Comercial CJF/STJ:

44. A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle de legalidade.

45. O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito. (SANTA CATARINA, 2016, p. 07)

Complementa, o Douto Relator, dizendo que “Assim, o julgador, ao tratar de abuso de direito, inserto no artigo 187 do Código Civil [...], deve recorrer à regra fundamental inserta no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.” E conclui seu raciocínio com a afirmação de que “o direito não é absoluto. O seu exercício precisa estar amparado e em harmonia com esses relevantes, essenciais e, por isso, duradouros princípios.” (SANTA CATARINA, 2016, p. 07)

Assim é possível perceber que, ao se considerar as peculiaridades do caso em concreto, a jurisprudência pátria caminha em direção à flexibilização do sentido literal da LREF e passa a admitir a possibilidade de controle, pelo judiciário, das decisões tomadas no âmbito da Assembleia-Geral de Credores, quando fundadas tais decisões no exercício abusivo do direito de voto pelo credor.

Em relação ao chamado *cram down*, salienta o Douto Relator que: (grifou-se)

Parte da doutrina entende que o instituto do *cram down* está delimitado no artigo 58, § 1º, da Lei de Falência e Recuperação.
Na verdade, o aludido dispositivo, como demonstrado, afigura tão somente um quorum alternativo para a aprovação do plano, que desconsidera a regra geral descrita no artigo 45, mas fica adstrito aos limites impostos pelo artigo 58, § 1º.
O verdadeiro *cram down*, oriundo do direito norte-americano, autoriza o juiz aprovar o plano rejeitado "goela abaixo", independentemente de fórmula matemática, priorizando a valoração da sua viabilidade econômica de forma justa e equitativa. (SANTA CATARINA, 2016, p. 08)

Tem-se visto neste julgado, bem como naquele anteriormente apresentado, proferido pelo TJRJ, que os magistrados brasileiros tem seguido no sentido da adoção do *cram down* em sua acepção originária, como forma de obstar a prática do exercício abusivo do direito de voto pelo credor.

Nesse sentido, em seu voto, o Douto Relator afirma que: (grifou-se)

[...] seja pelo abuso de direito de voto do credor agravado, ora reconhecido, seja pela adoção do espírito do *cram down* na sua vertente originária norte-americana, pode o magistrado, mediante interpretação sistemática das regras positivadas e dos princípios norteadores da recuperação judicial, concedê-la contra decisão assemblear. (SANTA CATARINA, 2016, p. 09)

Por fim, neste ponto, afigura-se relevante colacionar trecho do voto do Douto Relator, em que ele tece considerações a respeito da viabilidade de subsistência das empresas recuperandas. Confira-se: (grifou-se)

A Metalúrgica Duque S/A existe desde 22.09.1955 e possui capital social de R\$

45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões), conforme Estatuto Social de 20.04.2011 (fls. 29/34), não havendo dúvidas acerca do seu porte econômico e de reiteradas contribuições, por décadas, como fonte geradora de bens, serviços, empregos e bem-estar social em geral.

Esses elementos sugerem que o Grupo Duque possui condições de prosperar e de se reerguer no mercado, revelando-se, data venia, precipitada a decretação de sua falência.

Diante desse cenário deve prevalecer a função social da empresa em detrimento do interesse de um único credor. (SANTA CATARINA, 2016, p. 12)

Da análise do trecho do voto em destaque, pode-se extrair que, para a correta avaliação da conjuntura que envolve a concessão, com fundamento no chamado *cram down* – em sua acepção originária, frise-se –, da recuperação judicial ao devedor que enfrenta situação de crise econômico-financeira, deve o julgador atentar, também, para as características da empresa recuperanda e para o cenário no qual ela encontra-se inserida.

Deve-se realizar uma análise holística e conjuntural das variáveis que envolvem a empresa, com destaque para o seu tempo de existência/atuação e para a sua posição no mercado (prestígio da marca, essencialidade do seu produto, etc.).

6.2.4. Tribunal de Justiça de São Paulo

Fato público e notório é que o Estado de São Paulo ocupa papel de destaque na economia nacional. Coração econômico-financeiro do país, São Paulo abriga em seu território grande parte das maiores empresas em atividade no Brasil.

Diante da pujança da economia paulista, que resulta em um enorme número de empresas em atividade, observa-se que, em momentos de crise econômico-financeira, eleva-se a quantidade de pedidos de recuperação judicial e de falência.

O grande número de pedidos de recuperação judicial e de falência processados regularmente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo lhe proporcionou um altíssimo grau de expertise no assunto, razão pela qual analisa-se, a seguir, dois arestos provenientes deste egrégio Tribunal.

6.2.4.1. Agravo de Instrumento nº 2180362-41.2015.8.26.0000

Relado pelo ilustre Desembargador Ricardo Negrão, o Acórdão em epígrafe tem a seguinte ementa:

Agravo de Instrumento Recuperação Judicial - Homologação do Plano de Recuperação Declaração de nulidade na concessão Reforma da decisão de primeiro grau que homologou o plano de recuperação rejeitado na assembleia geral de credores, com decreto de sua falência Desobediência aos trâmites legais previstos na Lei n. 11.101/05 Rejeição do plano pela maioria Inaplicabilidade da concessão da recuperação judicial na forma do art. 58 da Lei n. 11.101/05 Declaração de abusividade de voto de credor sem fundamento ou respaldo legal Recurso provido. Dispositivo: deram provimento ao recurso e decretaram a falência das recuperandas. (SÃO PAULO, 2016. p. 02)

Como se depreende da ementa exposta supra, trata-se de caso de convocação da recuperação judicial em falência. Contudo, traz-se à colação este caso, em razão de ter o Juízo de piso considerado “abusivo” o voto do Banco do Brasil S/A, Agravante na demanda em destaque, sendo a decisão de piso reformada pelo julgado que ora se analisa.

Em seu voto o Relator, Desembargador Ricardo Negrão, salienta que:

A ata da assembleia (fl. 357-364) discrimina o resultado da votação do plano ocorrida em 30 de junho de 2015:

- a) na classe trabalhista, somando R\$ 440.032,67, compareceram 15 de um total de 92 credores, representando 16,30% do total de credores que votaram unanimemente pela aprovação do plano que previa o desconto de 40% sobre o pagamento das verbas trabalhistas, com três meses de carência contados a partir do “efetivo reconhecimento pelo Juízo da Recuperação Judicial” e parcelamento em 9 meses (fl. 342);
- b) na classe II, totalizando R\$ 2.466.219,90, compareceu o único credor (Banco do Brasil), rejeitando o plano;
- c) na classe III, somando R\$ 3.696.338,90, montante distribuído entre 36 credores, compareceram apenas 3 (8,33%), representando 74,44% dos créditos habilitados. Somente 1 desses credores (33,33%) aprovou o plano, com 40,10% do total de créditos. (SÃO PAULO, 2016. p. 03)

Como se pode observar, a situação apresentada supra não atende ao quórum estabelecido pelo artigo 45, tampouco permite a aplicação do quórum alternativo estabelecido pelo artigo 58, ambos da LREF. Nesse sentido conclui o Douto Relator que: (grifou-se)

Evidencia-se, no caso em exame, a não aprovação do plano, seja pelo critério da maioria por classes (assemblear), seja pelo erroneamente denominado *cramdown* brasileiro, previsto no art. 58, II da Lei n. 11.101/2005 (forma assemblear-judicial). Restringe a legislação brasileira a aprovação do plano recuperatório a essas duas formas, sendo que a segunda exige cumulativamente o valor favorável de credores que representam mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classe, o que não ocorre nos autos. Somam os créditos presentes R\$ 5.281.610,68, sendo que R\$ 4.112.084,59 (64,21%) desaprovaram o plano, o que significa que o índice de aprovação mínimo de 50% não foi encontrado, uma vez que apenas 22,16% dos credores o aprovaram. E, igualmente, os requisitos previstos nos incisos II e III não podem ser encontrados na deliberação assemblear porque somente uma classe aprovou o plano (a classe I). A classe II o rejeitou por 100% dos credores, deixando de atingir o mínimo de 1/3 dos credores computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 da Lei n. 11.101/2005. Na classe III a recuperanda desaprovou porque não alcançou o mínimo de mais da metade do valor dos créditos (22,14%), embora tenha alcançado mais de metade dos votos por cabeça (64,21%). A situação não se altera se considerada a exclusão do Banco do Brasil e desconsiderado seu voto de rejeição proferido na classe II. E isto porque o

Magistrado em primeira instância ateu-se a compreensão de que a presença dessa instituição financeira deve ser admitida, embora seu voto deva ser considerado abusivo (fl. 372, antepenúltimo parágrafo e últimos três parágrafos de fl. 373). (SÃO PAULO, 2016. pp. 03-04)

Por fim, para concluir a fundamentação do seu voto o Douto Relator observa que:
(grifou-se)

Entretanto, a não ser que se entenda que a Lei n. 11.101/2005 concedeu ao Magistrado margem subjetiva à fundamentação da decisão de concessão de plano recuperatório rejeitado por ampla maioria, não há motivo plausível para desconsiderar o voto de credor habilitado. O fundamento de conduta “não colaborativa” (fl. 370, segundo parágrafo), de inexistir “lógica econômica” e de que o voto da instituição financeira “não tem qualquer relação com as finalidades do processo” (fl. 373, antepenúltimo parágrafo) não encontra respaldo na clara objetividade descritiva prevista nos dispositivos que tratam da aprovação alternativa. (SÃO PAULO, 2016. p. 04)

Como se pode observar, busca-se no julgado em destaque a aplicação mais objetiva possível da LREF ao caso concreto, restringindo-se a liberdade de atuação do magistrado aos limites estabelecidos pela lei.

6.2.4.2. Agravo de Instrumento nº 2234845-50.2017.8.26.0000

Da relatoria do Desembargador Araldo Telles, o Agravo de Instrumento em epígrafe foi ementado da seguinte forma: (grifou-se)

EMENTA: Recuperação judicial. Recurso tirado contra r. decisão que homologou o plano por “cram down”. Pese a ausência objetiva dos requisitos do § 1º do art. 58 da Lei nº 11.101/2005, constatou-se, na hipótese, voto abusivo do credor, que não opôs justificativa convincente à reprovação das condições de pagamento propostas pela devedora, não abusivas e acolhidas pela ampla maioria, tampouco se rendeu à negociação. Prevalência do princípio da preservação da empresa. Concessão da recuperação judicial mantida.

Recuperação judicial. Biênio de fiscalização. Se, na hipótese, há carência de 2 (dois) anos para o pagamento dos credores, é a partir do encerramento desse lapso que se deve iniciar o período de fiscalização. Correção de ofício.

Recuperação Judicial. Descumprimento de qualquer obrigação contida no Plano de Recuperação que, nos termos do que dispõe o art. 61, § 1º, da lei de regência, pode acarretar a convalidação em falência. Cláusula que prevê a necessidade de prévia convocação de assembleia geral de credores em tal hipótese. Nulidade decretada de ofício.

Recuperação Judicial. Certidões negativas de débitos fiscais. Dispensa da apresentação na homologação do plano de recuperação e consequente concessão da recuperação judicial, apesar da previsão do art. 57 da lei de regência. Pese a ausência, até o ano de 2014, de previsão legislativa acerca do parcelamento especial dos débitos fiscais às sociedades em recuperação, a superveniência da Lei nº 13.043/14 não alterou a orientação das Câmaras de Direito Empresarial desta Corte, que continuam a dispensar a CND.

Recurso desprovido, com correção, de ofício, do plano. (SÃO PAULO, 2019. p. 02)

Verifica-se, no caso em apreço, que a constatação da ocorrência do abuso do direito de

voto torna peculiar a situação observada *in casu* e, assim, se impõe como fator determinante para possibilitar o deferimento da Recuperação Judicial.

Nesse sentido sublinha o Douto Relator que não teriam sido objetivamente preenchidos os requisitos para a concessão da Recuperação Judicial, nem mesmo pelo quórum alternativo previsto no artigo 58, da LREF. Todavia, destaca a peculiar situação provocada pelo exercício abusivo do direito de voto *in casu* a justificar a concessão da Recuperação Judicial. Veja-se:

Tal como anunciei no exame preliminar do recurso, não se atingiu, objetivamente, os requisitos para a concessão da recuperação judicial por “cram down”, pois, ***aprovado por duas classes e por maioria dos votos por cabeça naquela que o rejeitou, nesta não obteve, segundo o valor, um terço dos votos*** (incisos II e III do § 1º do art. 58 da LRF).

E mais, também não atingiu – **por percentual ínfimo de 7% – voto favorável de credores que representem mais de metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia**, nos termos do inciso I do § 1º do art. 58 da LRF, já que o agravante é titular de crédito equivalente a R\$20.638.964,09, que corresponde a **57% dos créditos presentes** (R\$36.065.759,33, **aqui considerado o crédito do Banco Votorantim, que compareceu, mas se absteve de votar**), registrando-se aprovação de **R\$5.325.776,26 (= R\$800,00 [trabalhista] + 5.316.470,05 [quirografários] e R\$8.476,21 [ME e EPP])**, 53,72% do total dos créditos sujeitos à recuperação (R\$ 38.418.117,49) e 53,74% dos quirografários (R\$38.408.841,28).

No entanto, a situação é peculiar e a alegação de abuso de direito de voto merece sensível e atencioso exame, pois, como se viu, a aprovação do plano dependia, **exclusivamente**, do voto favorável do Banco do Brasil, tanto que, mesmo sendo o único contrário à homologação, a sua opção encaminhava, ao menos formalmente, à quebra da devedora.

Sendo de inegável força o voto do referido credor, necessário investigar se houve, de sua parte, abuso de direito, com fundamento no princípio da preservação da empresa e a fim de preservar o direito de a agravada perseguir a recuperação judicial. (SÃO PAULO, 2019. pp. 04-05)

Ao se analisar atentamente o trecho do voto do Relator em destaque supra é possível perceber a preocupação do magistrado no sentido de garantir a máxima efetividade ao princípio da preservação da empresa na aplicação da LREF ao caso em comento, sem que com isso se deixe de observar os requisitos estabelecidos pela lei, o que fica mais evidente no trecho que se destaca a seguir. Confira-se: (grifou-se)

É o caso dos autos, pois o plano de recuperação posto em votação não se mostrou abusivo, mas condizente com o conteúdo de outros já homologados pela Corte, sobretudo após as modificações relacionadas à atualização do crédito (substituição da TR pelo IGP-M e a manutenção dos juros de 1,5% ao ano) e, especialmente no tocante à classe quirografária, integrada pelo agravante, a redução do deságio inicialmente previsto de 80% para 60%, prazo de pagamento inicial de 15 (quinze) para 12 (doze) anos e da carência de 2 (dois) anos.

As modificações promovidas no plano e a convocação de 6 (seis) assembleias de credores evidenciam que houve, por parte da devedora, interesse em convencer os quirografários da exequibilidade e conveniência do plano, emprestando verdade às declarações, deduzidas por ela e pelo próprio administrador judicial, de que o Banco do Brasil sempre esteve irredutível às negociações propostas, certo de que a quebra seria o melhor caminho.

Tal posição, contudo, carregada de individualismo, não pode ser admitida pelo Judiciário, justificando-se, na hipótese, a aplicação da regra prevista no § 1º do art. 58 da lei de regência para a aprovação do plano, tal como decidiu a origem, valendo lembrar, a respeito, o teor do Enunciado nº 45, da 1ª Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, que diz: “O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manutenção de vontade do devedor, em razão de abuso de direito”. (SÃO PAULO, 2019. p. 06)

Depreende-se do texto em destaque a gradual migração da jurisprudência no sentido da aplicação prática do chamado *cram down* em sua acepção originária, conforme concebido no ordenamento jurídico norte americano, no qual prevalece a autonomia do magistrado para decidir pelo deferimento da Recuperação Judicial, mesmo quando não atendidas as condições objetivas estabelecidas, desde que se verifique no caso concreto elementos que fundamentem tal decisão, como por exemplo a ocorrência do abuso do direito de voto pelo credor, o que se constata no caso em comento.

6.2.5. Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça também teve a oportunidade de apreciar casos relacionados à questão do abuso do direito de voto no curso da Recuperação Judicial e, com o intuito de se verificar a linha de entendimento seguida por este Tribunal, apresentam-se dois julgados para análise.

6.2.5.1. Recurso Especial nº 1.337.989/SP

Com ênfase na questão relativa ao exercício abusivo do direito de voto pelo credor quando da deliberação sobre o plano de recuperação, o julgado exposto a seguir permite visualizar a linha de entendimento refletida no posicionamento desta Corte Superior sobre o tema. Veja-se: (grifou-se)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO. APROVAÇÃO JUDICIAL. CRAM DOWN. REQUISITOS DO ART. 58, § 1º, DA LEI 11.101/2005. EXCEPCIONAL MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

1. A Lei nº 11.101/2005, com o intuito de evitar o "abuso da minoria" ou de "posições individualistas" sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise empresarial, previu, no § 1º do artigo 58, mecanismo que autoriza ao magistrado a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra decisão assemblear.

2. A aprovação do plano pelo juízo não pode estabelecer tratamento diferenciado entre os credores da classe que o rejeitou, devendo manter tratamento uniforme nesta relação horizontal, conforme exigência expressa do § 2º do art. 58.

3. O microsistema recuperacional concebe a imposição da aprovação judicial do

plano de recuperação, desde que presentes, de forma cumulativa, os requisitos da norma, sendo que, em relação ao inciso III, por se tratar da classe com garantia real, exige a lei dupla contagem para o atingimento do quórum de 1/3 - por crédito e por cabeça -, na dicção do art. 41 c/c 45 da LREF.

4. No caso, foram preenchidos os requisitos dos incisos I e II do art. 58 e, no tocante ao inciso III, o plano obteve aprovação qualitativa em relação aos credores com garantia real, haja vista que recepcionado por mais da metade dos valores dos créditos pertencentes aos credores presentes, pois "presentes 3 credores dessa classe o plano foi recepcionado por um deles, cujo crédito perfeitamente atingiu a quantia de R\$ 3.324.312,50, representando 97,46376% do total dos créditos da classe, considerando os credores presentes" (fl. 130). Contudo, não alcançou a maioria quantitativa, já que recebeu a aprovação por cabeça de apenas um credor, apesar de quase ter atingido o quórum qualificado (obteve voto de 1/3 dos presentes, sendo que a lei exige "mais" de 1/3). Ademais, a recuperação judicial foi aprovada em 15/05/2009, estando o processo em pleno andamento.

5. **Assim, visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, é que deve agir o magistrado com sensibilidade na verificação dos requisitos do cram down, preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela sua flexibilização, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores.**

6. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2018, pp. 03-04)

Inicialmente, cumpre salientar a uniformidade da jurisprudência nacional no tocante ao combate ao exercício abusivo do direito de voto. E o julgado em destaque supra, segue nessa linha.

Da simples leitura da ementa já se pode depreender que o julgado enfrenta temas como "abuso de minorias", requisitos para a concessão da Recuperação Judicial e, também, a mitigação de tais requisitos em função das peculiaridades do caso concreto.

Em relação ao enfrentamento dos temas mencionados retro, o Douto Relator do feito destaca, no início do seu voto, que:

3. A questão principal está em definir se, para fins de aprovação do plano de recuperação pelo magistrado, nos termos do art. 58, § 1º, da LREF, pode haver mitigação de algum dos requisitos da norma, especialmente porque, no caso, houve aprovação do plano apenas por um terço dos credores com garantia real. (BRASIL, 2018, p. 04)

Delimitada a principal questão a ser dirimida, no desenvolvimento do seu voto o Douto Relator chama atenção para o fato de que: (grifou-se)

4. Como de sabença, a Lei 11.101/2005 veio a substituir o Decreto-Lei 7.661/45, demarcando a fase moderna do direito falimentar, voltada ao balanceamento das relações entre credores e devedores, com especial enfoque na dimensão socioeconômica da empresa, concebida como atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Nesse intuito, o instituto da recuperação judicial foi introduzido no sistema jurídico brasileiro pela Lei 11.101/2005, cujo artigo 47, norma programa de densa carga principiológica, assim dispõe:

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.

Tal dispositivo encarta o princípio da preservação da atividade empresarial, servindo como parâmetro a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, que objetiva o saneamento do colapso econômico-financeiro e patrimonial da unidade produtiva economicamente viável, evitando-se a configuração de grau de insolvência irreversível e, inexoravelmente, prejudicial aos trabalhadores, investidores, fornecedores, às instituições de crédito e ao Estado que deixará de recolher tributos garantidores da satisfação das necessidades públicas. Ou seja, o instituto da recuperação judicial tem por escopo a reorganização administrativa e financeira da empresa em crise, a fim de garantir a manutenção da fonte produtora, os empregos dos trabalhadores e os interesses dos credores, ensejando, assim, a concretização do mandamento constitucional voltado à realização da função social da empresa. Nessa ordem de ideias, a hermenêutica conferida à Lei 11.101/2005, **no tocante à recuperação judicial, deve sempre se manter fiel aos propósitos do diploma, isto é, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resultar circunstância que, além de não fomentar, na verdade, inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores, sob pena de tornar inviável toda e qualquer recuperação, sepultando o instituto.** (BRASIL, 2018, p. 07)

Como se pode notar no trecho do voto do Douto Relator em destaque acima, tem-se buscado priorizar a interpretação da LREF que lhe garanta a maior efetividade no alcance dos seus objetivos, sempre com observância aos princípios basilares que lhe fundamentam.

Em relação ao sistema de insolvência empresarial brasileiro o Douto Relator ressalva que: (grifou-se)

É interessante notar, também, que o novo sistema de insolvência empresarial brasileiro abandonou o movimento pendular das legislações até então observadas no cenário mundial, cuja ênfase era pela liquidação dos ativos da empresa em crise, seja prestigiando os interesses dos credores, ou ora pendendo pela proteção dos interesses do devedor e, via de regra, deixando de lado a manutenção da atividade produtiva como resultado da superação da crise da empresa. Agora, pela teoria da superação do dualismo pendular, há consenso, **na doutrina e no direito comparado, no sentido de que a interpretação das regras da recuperação judicial deve prestigiar a preservação dos benefícios sociais e econômicos que decorrem da manutenção da atividade empresarial saudável, e não os interesses de credores ou devedores**, sendo que, diante das várias interpretações possíveis, deve-se acolher aquela que buscar conferir maior ênfase à finalidade do instituto da recuperação judicial. (BRASIL, 2018, p. 08)

Conforme se verifica no trecho supra destacado, a jurisprudência, assim como a doutrina nacional tem seguido a linha de entendimento na qual se prioriza a preservação dos benefícios socio-econômicos que decorrem da manutenção da atividade empresarial saudável em detrimento dos interesses de credores e/ou devedores.

Ao discorrer sobre a possibilidade de se mitigar a exigência do preencimento de todos os requisitos estabelecidos pela LREF para a concessão da Recuperação Judicial o Douto

Relator observa que:

Tal obrigatoriedade da convocação da assembleia geral de credores decorre de sua competência exclusiva para apreciação das objeções/oposições ao plano de recuperação judicial, que, ao final, deverá ser aprovado, rejeitado ou modificado.

Nessa perspectiva, quando o plano de reestruturação não for impugnado por qualquer credor (hipótese de aprovação tácita) ou tiver sido aprovado pela assembleia geral de credores (o que implicará a preclusão lógica das objeções suscitadas), incumbirá ao juiz conceder a recuperação judicial, desde que atendidos os requisitos legais, nos termos do caput, artigo 58 da Lei 11.101/2005, verbis:

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

Desse modo, são soberanas as decisões da assembleia geral de credores sobre o conteúdo do plano de recuperação judicial, cabendo ao magistrado apenas o controle de legalidade do ato jurídico, não se podendo imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da atividade empresarial (REsp 1.359.311/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 09.09.2014, DJe 30.09.2014).

No entanto, há ainda outra possibilidade de concessão da recuperação, mesmo que o plano não receba a aprovação, na forma do art. 45 da LREF.

Deverás, permitiu a norma, de forma específica, que o magistrado conceda, *manu militari*, a recuperação judicial contra decisão assemblear.

É o denominado *cram down* do § 1º do artigo 58.

Realmente, com o intuito de evitar o "abuso da minoria" ou de "posições individualistas" sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise empresarial, é que a lei, sofrendo os influxos do sistema norte-americano, previu um mecanismo que autorizou ao juízo a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra a deliberação assemblear. (BRASIL, 2018, p. 09)

Pode-se observar, conforme sublinhado no trecho em destaque, que o próprio legislador, vislumbrando a possibilidade de uso indevido dos direitos e prerrogativas assegurados pela norma, tentou muní-la de mecanismos hábeis a coibir tais práticas.

Seguindo nessa linha de entendimento, em outro trecho do seu voto o Relator ressalta que:

Realmente, inclusive visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, é que se tem conferido certa sensibilidade na verificação dos requisitos do *cram down*, "preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela sua flexibilização, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores" (SCALZILLI, João Pedro. Recuperação de empresas e falência. São Paulo: Almedina, 2017, p. 400).

De fato, a manutenção de empresa ainda recuperável deve-se sobrepor aos interesses de um ou poucos credores divergentes, ainda mais quando sem amparo de fundamento plausível, deixando a realidade se limitar à fria análise de um quórum alternativo, com critério complexo de funcionamento, em detrimento da efetiva possibilidade de recuperação da empresa e, pior, com prejuízos aos demais credores favoráveis ao plano. (BRASIL, 2018, pp. 11-12)

Destaca, ainda, o Relator:

Aliás, especificamente com relação ao inciso III do art. 58, justamente o da presente hipótese, a previsão de aprovação apenas com mais de 1/3 (um terço) dos credores

pode agravar o problema do comportamento oportunista dos agentes ao diminuir as chances do juiz impor o plano quando identificar esse tipo de conduta. Vale lembrar que "credores bem classificados na falência - aqueles com garantia real, por exemplo -, podem preferir a liquidação imediata da empresa ao invés da sua recuperação, mormente quando os ativos do devedor bastarem para pagar o seu crédito, ficando o juiz, em princípio, sem margem de manobra, caso tais credores sejam titulares de mais de 1/3 dos votos da classe" (SCALZILLI, João Pedro. ob.cit, p. 402). (BRASIL, 2018, p. 12)

Os trechos em destaque supra permitem verificar que a LREF, desde a sua concepção, sempre deu ênfase à manutenção da empresa viável em atividade, tendo em vista os benefícios dela decorrentes, o que tem fundamentado a aplicação prática dos princípios basilares da norma (como o Princípio da Preservação da Empresa, por exemplo) para justificar a mitigação dos requisitos para a concessão da Recuperação Judicial.

Por fim, o Relator observa que:

No presente caso, restaram preenchidos os requisitos dos incisos I e II do art. 58 e, no tocante ao inciso III, o plano obteve aprovação qualitativa em relação aos credores com garantia real, haja vista que recepcionado por mais da metade dos valores dos créditos pertencentes aos credores presentes - "presentes 3 credores dessa classe o plano foi recepcionado por um deles, cujo crédito perfaz a quantia de R\$ 3.324.312,50, representando 97,46376% do total dos créditos da classe, considerando os credores presentes" (fl. 130), contudo, não alcançou a maioria quantitativa, já que recebeu a aprovação por cabeça de apenas um credor, apesar de quase ter atingido o quórum qualificado (obteve voto de 1/3 dos presentes, sendo que a lei exige "mais" de 1/3).

Assim, **numa interpretação teleológica e finalista da norma, o intuito de salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos, penso que a aprovação do plano foi realmente a melhor medida.** (BRASIL, 2018, pp. 12-13)

Percebe-se claramente, neste trecho em destaque, a possibilidade de se conferir à norma um sentido diverso daquele obtido a partir da sua literalidade, adotando-se, para tanto, método interpretativo que não seja o literal, para, assim, se potencializar a capacidade da norma de atingir os fins para os quais foi concebida.

Portanto, como se pôde observar, na jurisprudência pátria, assim como na doutrina, tem prevalecido o entendimento de que é possível atenuar o rigor dos requisitos estabelecidos pela LREF para a concessão da Recuperação Judicial, desde que as peculiaridades do caso concreto ofereçam ao julgador elementos suficientes para fundamentar sua decisão, priorizando, assim, os benefícios socio-econômicos decorrentes da continuidade da atividade produtiva, em detrimento de interesse individuais de devedores e credores.

7. CONCLUSÃO

Após longa caminhada, com passagens por diversos institutos e conteúdos que permeiam o procedimento de recuperação judicial de empresas chega-se a parte final do estudo em tela, na qual serão expostas, em uma perspectiva sintetizada, as principais constatações e resultados alcançados, bem como serão apresentadas algumas considerações que se afiguram relevantes, o que se passa a fazer a seguir.

7.1. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

Em relação ao instituto da Recuperação Judicial de Empresas verificou-se que sua implementação, a partir da edição da LREF, se deu em função da necessidade de se substituir o regime de concordata que vigorava e adaptar o sistema falimentar e recuperacional à nova dinâmica socio-econômica vivenciada atualmente.

Orientada fundamentalmente pelos princípios **da preservação da empresa e da função social da empresa**, a LREF privilegia os interesses coletivos que circundam o desenvolvimento de uma atividade produtiva (os postos de trabalho por ela gerados, a renda produzida e distribuída, etc.), em detrimento dos interesses individuais de credores e devedores, porém, não deixa de considerá-los e valorizá-los, visto que garante ao devedor a possibilidade de propor um plano de recuperação e aos credores assegura a prerrogativa de aprová-lo ou rejeitá-lo.

Percebeu-se claramente que a LREF aborda o sistema falimentar e recuperacional sob uma nova ótica e, sob essa nova ótica, o instituto da Recuperação Judicial é erigido como um novo paradigma, estruturado para propiciar a otimização do sistema e oportunizar a manutenção em operação da atividade produtiva, para assim, assegurar a manutenção dos benefícios socio-econômicos dela decorrentes.

No tocante à sua natureza jurídica, conforme observado por Lobo (2010), a recuperação judicial classifica-se como instituto de direito econômico, visto que ostenta aspectos tanto do direito privado, quanto do direito público, constituindo-se em uma síntese de ambos.

Importante, afigura-se, destacar os créditos que se sujeitam à recuperação judicial, são eles: os créditos vencidos ou vincendos na data do pedido, desde que tenham natureza

trabalhista ou acidentária, ou sejam créditos quirografários, ou com garantia real, ou com privilégio especial ou geral, ou, ainda, sejam créditos subordinados/subquirografários (que são aqueles assim classificados por força de contrato ou de lei).

A recuperação judicial somente se processa a pedido do devedor que atenda aos requisitos estabelecidos pelo artigo 48, da LREF, sendo, esta, uma prerrogativa assegurada exclusivamente a ele. Portanto, o empresário individual ou sociedade empresária que não estejam regularmente inscritos no Registro Público das Empresas Mercantis não pode dispor dos benefícios da recuperação judicial de empresas.

Tem início a recuperação judicial com o ajuizamento da ação que veicula o pedido de recuperação do devedor, seguindo-se pela apresentação do Plano de Recuperação, também, de iniciativa do devedor (art. 53, da LREF), sendo este plano submetido aos credores que em Assembleia-Geral de Credores deliberam para decidir sobre a aprovação ou rejeição do plano.

Impende destacar que a LREF não prescreve uma configuração formal específica para a composição do plano de recuperação, limitando-se a apresentar, no artigo 50, apenas um rol exemplificativo de formas pelas quais a recuperação pode ser realizada. E, assim, deixa ao arbítrio do devedor o estabelecimento da melhor configuração para plano de recuperação, de modo que se propicie a sua aprovação no conclave de credores.

Constatou-se, portanto, que a recuperação judicial é estruturada de forma que se permita ao devedor, assim como aos credores, participarem ativamente do procedimento, para que, assim, possam perseguir seus objetivos e defender seus interesses.

7.2. A PARTICIPAÇÃO DOS CREDITORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

No que concerne à participação dos credores no procedimento de recuperação judicial, observou-se que a LREF lhes atribuiu um papel de destaque, ao delegar-lhes a competência para a aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial do devedor em crise.

Como se pôde verificar no curso do presente trabalho, na recuperação judicial os credores assumem uma posição mais ativa, visto que participam das deliberações e, dessa forma, exercem influência direta no resultado alferido pelo procedimento de recuperação judicial.

O principal “palco” para atuação dos credores na recuperação judicial, sem dúvida é a Assembleia-Geral de Credores, que, como visto é um órgão de vital importância no curso do

procedimento de recuperação, pois é no âmbito de realização da assembleia que se manifesta a vontade dos credores enquanto coletividade e, conforme destaca Coelho (2005, p. 87), “*as mais relevantes questões relacionadas ao processo de recuperação judicial inserem-se na esfera de competência da assembleia dos credores*”.

Com função deliberativa a Assembleia-Geral de Credores pode ser convocada nos termos do artigo 35, da LREF, para apreciação do plano de recuperação, constituição de comitê de credores, apreciação de pedido de desistência da recuperação judicial, apreciação do nome do administrador judicial e/ou apreciação de qualquer matéria de interesse dos credores.

Ao promover a participação ativa dos credores no procedimento de recuperação judicial a LREF prestigia a autonomia destes para perseguir seus interesses, contudo, não deixa de estabelecer parâmetros para a atuação dos mesmos, parâmetros, estes, fundamentados, principalmente, nos princípios da preservação da empresa e da função social da empresa, que, como foi visto, constituem o cerne do sistema recuperacional e falimentar em vigência.

À vista disso, ficou evidente que as deliberações oriundas da Assembleia-Geral de Credores devem privilegiar, sempre que possível, a adoção de medidas que resultem na continuidade da atividade produtiva desenvolvida pelo devedor submetido ao procedimento de recuperação judicial, prevalecendo, assim, a ética da solidariedade em detrimento dos interesses individuais.

A prerrogativa para o requerimento da Assembleia-Geral de Credores é assegurada pela LREF ao administrador judicial (artigo 22, I, ‘g’), ao devedor, aos credores e ao comitê de credores (artigo 27, I, ‘e’). No entanto, a competência para sua convocação é exclusiva do juiz (artigo 36, caput), a quem são submetidos todos os requerimentos apresentados com vistas à realização da assembleia.

Em relação à composição da Assembleia-Geral de Credores, a LREF dispõe, em seu artigo 41, sobre os credores aptos a participar e os organiza em quatro classes distintas, que são: (i) **classe I** - formada pelos titulares de créditos trabalhistas ou decorrentes de acidente de trabalho; (ii) **classe II** - composta pelos credores titulares de créditos com garantia real; (iii) **classe III** - integrada por aqueles que são titulares de créditos quirografários, de créditos com privilégio especial, geral e créditos subordinados e, (iv) **classe IV** – abrange os titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Constatou-se que, severamente criticada pela doutrina, essa forma de composição estabelecida pela LREF tem sido mitigada pela jurisprudência pátria que já admite a criação de subclasses de credores. Nesse sentido colaciona trecho extraído de aresto do Superior Tribunal de Justiça:

A criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial é possível desde que seja estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, abrangendo credores com interesses homogêneos, ficando vedada a estipulação de descontos que impliquem verdadeira anulação de direitos de eventuais credores isolados ou minoritários. (BRASIL, 2019, p. 04)

Portanto, ficou claro que teria sido mais coerente que o legislador dispusesse tais credores em categorias distintas, maximizando assim a possibilidade de aprovação do plano de recuperação judicial pela Assembleia-Geral de Credores.⁶

Ainda no que tange a participação do credor na assembleia, não se pode deixar de ressaltar que o artigo 49, da LREF, estabelece, como regra geral, que todos os créditos existentes na data do pedido de recuperação, ainda que não vencidos, estão sujeitos à recuperação judicial, comportando-se exceções a esta regra previstas nos parágrafos terceiro e quarto deste mesmo artigo.

7.2.1. A Votação na Assembleia-Geral de Credores

No curso do presente estudo restou evidente que nem todos os credores habilitados para participar da Assembleia-Geral de Credores têm o direito de votar.

Nesse sentido, estabelece o artigo 39, da LREF, que terão direito a voto os titulares de créditos arrolados no quadro geral de credores ou, na falta deste, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial ou ainda, na falta desta, na relação de credores apresentada pelo devedor, acrescidos, em qualquer destes casos, dos titulares de créditos que estejam habilitados na data da realização da assembleia ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive os que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, do artigo 10.

⁶ Com vistas à propiciar maior homogeneidade quanto aos interesses dos credores componentes de cada classe, o Projeto de Lei n. 10.220/2018 propõe: (grifou-se)

Art. 53. [...]

§ 1º **Os credores de cada classe possuirão interesses homogêneos, delineados em função da natureza ou da importância do crédito, ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e aprovado pelo juiz, a qualquer tempo que anteceda a homologação judicial do plano.** (BRASIL, 2018, p. 22)

Conforme observado por Mange (2010, p. 46) “*essas três listas são peças fundamentais do procedimento de verificação de créditos (artigos 9º a 20, da LFR), instituído para que se possa aferir, com exatidão, quem são e quais os valores dos créditos sujeitos a recuperação judicial.*”

Não se pôde deixar de observar que há no artigo 43, da LREF, disposição que obsta o direito de voto dos credores que ostentem alguma das seguintes condições: (i) sócio do devedor; (ii) sociedades coligadas ou controladoras ou controladas; (iii) sociedades com sócios ou acionistas com participação superior a 10 % (dez por cento) do capital social do devedor; (iv) sociedades em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10 % (dez por cento) do capital social, todavia, mantêm, esses credores, o seu direito de voz na assembleia.

7.2.2. Os Quóruns na Assembleia-Geral de Credores

No âmbito da Assembleia-Geral de Credores ressaltou-se que são dois os quóruns a serem observados, o quórum de instalação e o quórum de deliberação.

Conforme apresentado no curso deste estudo, o artigo 37, § 2º, da LREF, preescreve que o quórum de instalação seja computado apenas pelo valor dos créditos presentes em cada uma das classes. Sendo exigido, em primeira convocação, um quórum de metade dos créditos de cada classe, como dito, computados pelo valor dos créditos, para a instalação da assembleia e, em segunda convocação, não se exige um quórum específico, instalando-se a assembleia com a presença de qualquer número de credores.

Com engenharia mais complexa e elaborada, o quórum de deliberação é estabelecido pelo artigo 45 da LREF que prevê, como regra, a aprovação do plano de recuperação em todas as classes de credores representadas na Assembleia-Geral, para o deferimento da recuperação judicial.

A complexidade do quórum de deliberação fica patente quando se observa que foram estabelecidos quóruns diferenciados de acordo com as classes, levando-se em consideração as características peculiares dos credores e de seus créditos⁷.

⁷ Nesse ponto, cumpre trazer à colação alteração proposta pelo Projeto de Lei n. 10.220/2018, no sentido de garantir maior flexibilidade na classificação dos créditos e, assim, facilitar a aprovação do plano de recuperação. Veja-se: (grifou-se)

Viu-se que na classe dos credores trabalhistas, bem como na dos credores que são microempresas ou empresas de pequeno porte (Classes I e IV) a aprovação do plano de recuperação se dá por meio da obtenção do voto da maioria simples dos credores presentes, contados por cabeça, sendo indiferente o valor do crédito de cada credor (artigo 45, § 2º, da LREF), pois, entende-se que tais credores tem a mesma relevância dentro do procedimento recuperacional.

Nas classes dos credores com garantia real (Classe II) e na dos credores quirografários (Classe III), tem-se uma composição diferente do quórum de deliberação que, para a aprovação do plano de recuperação, exige a obtenção de votos favoráveis da metade dos credores sendo seus créditos computados pelo seu valor, bem como precisa obter, cumulativamente, os votos da maioria simples dos credores presentes, ou seja, computados por cabeça (artigo 45, § 1º, da LREF), sendo este sistema chamado de “sistema de dupla maioria”.

A adoção do sistema de dupla maioria para as classes II e III tem como objetivo equilibrar o peso dos votos dos diversos credores componentes de tais classes, equalizando-os de acordo com as peculiaridades de cada credor, na tentativa de evitar o abuso do direito de voto, seja pelos maiores credores que poderiam valer-se exclusivamente do elevado valor dos seus créditos para impor sua vontade, casos os votos fossem computados apenas pelo seu valor; seja pelos pequenos credores que teriam o mesmo peso que os grandes credores, caso os votos fossem computados apenas por cabeça.

Duas ressalvas se mostraram importantes: (1) a primeira delas é a de que no que diz respeito à votação para deliberação sobre o plano de recuperação, cabe ressaltar que – conforme dispõe o artigo 45, § 3º, da LREF – não terão direito a voto na assembleia os credores cujas condições originais de seus créditos não sejam alteradas pelo plano de recuperação e (2) a segunda diz respeito às demais matérias submetidas à votação no âmbito da Assembleia-Geral de Credores, para as quais a LREF prevê quóruns diferenciados, porém, como regra geral, o artigo 42 estabelece como quórum geral de deliberação mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia.

7.3. A COLETIVIDADE DE CREDORES

Os credores são atores de suma importância na recuperação judicial, visto que a eles compete decidir sobre a viabilidade do devedor pleiteante da recuperação, manifestando seu veredito por intermédio da aprovação ou rejeição do plano de recuperação apresentado pelo devedor.

Em relação aos credores foi importantíssimo se sublinhar que em uma situação normal de mercado, na qual o devedor encontra-se saudável econômica e financeiramente, entre os credores não se estabelece nenhum tipo de relação direta. Conforme observa Buschinelli (2014, p. 29), *“Sob o ponto de vista jurídico, a relação entre os credores é marcada pela imunidade. Cada credor pode exercer sua pretensão em face do devedor de forma autônoma, e não será afetado por decisões tomadas pelos demais credores.”*

Todavia, uma vez que o devedor ao encontrar-se em situação de crise econômico-financeira recorre à recuperação judicial, a situação dos credores se modifica e um novo tipo de relação se estabelece entre eles.

A situação de insolvência enfrentada pelo devedor em crise impõe a necessidade de se organizar os credores de forma racional para que, assim, se propicie ao devedor a possibilidade de com eles transacionar de forma minimamente eficiente na tentativa de manter no mercado a atividade produtiva que desenvolve e os benefícios socio-econômicos por ela gerados.

No ordenamento jurídico nacional, esta organização é promovida pela LREF que, como visto no curso deste estudo, estrutura e regulamenta o sistema recuperacional e falimentar no país.

Como foi demonstrado ao longo deste trabalho, a busca autônoma dos credores pela satisfação de seus créditos em muitos casos inviabiliza a continuidade do desenvolvimento da atividade produtiva viável, com reflexos na perda de empregos e renda e, para evitar a ocorrência de efeitos como estes, Satiro (2013, p. 103) destaca que *“na recuperação e preciso coordenar, pela via normativa, os interesses envolvidos a fim de evitar que a busca pela satisfação individual resulte na impossibilidade de preservação da empresa viável.”*

A coletividade de credores nasce desta necessidade de organizá-los de modo a propiciar um ambiente adequado para o desenvolvimento de tratativas e celebração de acordos que viabilizem a manutenção no mercado da atividade produtiva, para garantir o

fomento da atividade econômica e a promoção do crescimento e desenvolvimento do país.

A LREF, ao eleger como seus objetivos a preservação da empresa viável e da sua função social, deixa claro que estes são valores que devem ser perseguidos em cada expediente desenvolvido no âmbito da sua incidência. Por conseguinte, também a atuação da coletividade de credores na recuperação judicial é influenciada por tais princípios e valores e, nesse sentido, cumpre destacar que mesmo na falência deve-se privilegiar a manutenção no mercado da atividade produtiva desenvolvida pelo devedor.

No procedimento de recuperação judicial “*Os credores exercem seus direitos de forma coletiva; decisões majoritárias podem ser impostas a credores dissidentes; como princípio fundamental, vale a igualdade (par conditio creditorum)*”. (BUSCHINELLI, 2014, p. 29)

Portanto, verificou-se que ao se iniciar um procedimento concursal os diversos credores são reunidos e passam a compor uma coletividade na qual a atuação individual de cada um deles tem o condão de influenciar a esfera jurídica dos demais.

7.3.1. A Natureza Jurídica da Coletividade de Credores

A coletividade de credores, mesmo na recuperação judicial, comporta inúmeros interesses, alguns convergentes e outros completamente divergentes. Porém, a intervenção do Estado por meio da LREF se destina a solucionar, da melhor forma possível, a situação de conflito de interesses, para que se obtenham soluções consensuais direcionadas à superação do estado de crise vivenciado pelo devedor que recorre à recuperação judicial.

Nesse contexto evidenciou-se que a coletividade de credores assume a natureza jurídica de “comunhão de interesses”, visto que, no âmbito do procedimento de recuperação judicial, o elo que une os credores componentes dessa coletividade é o interesse, comum a todos, de buscar a melhor satisfação possível para os seus créditos.

Compreender que a coletividade de credores tem natureza jurídica de comunhão de interesses foi de suma importância, pois, como se constatou, é exatamente dessa comunhão de interesses que se abstrai o dever de lealdade que deve vigorar entre os credores que integram a comunhão, dever, este, que, como se viu, deve pautar a conduta dos credores no curso do procedimento de recuperação judicial.

7.3.2. Os Credores e a Deliberação na Assembleia-Geral

Desenvolvida com vistas a propiciar maior interlocução entre os diversos atores do procedimento de recuperação judicial, a LREF procura potencializar as chances de saneamento dos débitos do devedor e promover a manutenção da atividade produtiva no mercado.

Observou-se que, no intuito de concretizar seus objetivos, na recuperação judicial a LREF alça os credores a uma posição destacada, porém, de complexidade, em muito, superior aquela ocupada pelo devedor.

Como se verificou neste trabalho, no procedimento de recuperação judicial o devedor expressa a sua vontade por meio do plano de recuperação que é submetido ao excrutínio dos credores e estes, por sua vez, tem a árdua tarefa de apreciar tal plano e, sem perder de vista seus interesses individuais, buscar, sempre que possível, a conformação de uma decisão consensual que observe os parâmetros legamente estabelecidos e esteja apta à concretizar os objetivos da LREF.

A realidade prática tem evidenciado a complexidade da situação vivenciada pelo credor na recuperação judicial, bem como tem demonstrado a dificuldade de se alcançar uma decisão consensual entre todos os credores envolvidos em um procedimento de recuperação judicial.

Todavia, na ausência de uma posição consensual entre os credores, verificou-se que se impõem o princípio majoritário que, como regra, predomina no âmbito das deliberações realizadas no curso da recuperação judicial e, nesse contexto, ganha relevo o fato observado por Buschinelli (2014) de que as ações de um credor que integra uma comunhão de interesses têm o condão de irradiar seus efeitos sobre a esfera jurídica dos demais integrantes da referida comunhão.

Assim, ficou claro que os interesses manifestados pela coletividade de credores, enquanto comunhão de interesses, são alcançados muito mais a partir da imperatividade da lei do que em razão da livre vontade dos credores.

7.3.3. O Dever de lealdade

Na recuperação judicial, em um contexto de imperatividade legal, observou-se que

ganha destaque a incidência de deveres recíprocos a serem observados pelos credores na busca pela melhor satisfação para os seus créditos.

Dentre esses deveres, destacou-se o dever de lealdade que impõe aos credores a necessidade de promover e buscar a concretização do fim comum por eles perseguidos, além de vedar a adoção de medidas individualistas que impliquem em prejuízos à coletividade, bem como aos demais atores que sofram a influência do procedimento de recuperação judicial.

Constatou-se que esse dever de lealdade aplica-se indistintamente as coletividades compostas de forma voluntária, bem como àquelas coletividades formadas por imperativo de lei, como acontece com a coletividade de credores, que na recuperação judicial conformam a comunhão de interesses. Evidenciou-se, assim, que este dever espraia seus efeitos no âmbito da coletividade, servindo de parâmetro de orientação e controle da conduta dos integrantes da coletividade.

Sobre o dever de lealdade, Adamek (2010) ofereceu importante consideração ao afirmar que é do princípio da correlação entre poder e responsabilidade que o dever de lealdade extrai o seu fundamento ético-jurídico e ao complementar sua observação asseverando que tal dever pode ser depreendido, por analogia, das normas de direito societário e, de forma direta do princípio da boa-fé objetiva que tem aplicabilidade tanto nas relações contratuais (art. 422, do Código Civil), quanto na limitação de todas as posições jurídicas (art. 187, do Código Civil).

Consequentemente, constatou-se que, na recuperação judicial, impera o dever de lealdade entre os credores componentes da comunhão de interesses em função da possibilidade de que a vontade coletiva seja influenciada pela conduta individual de cada credor, visto que, por aplicação do princípio majoritário, a vontade da maioria vincula a todos os credores.

Isso deixou claro que a conduta do credor e as posições jurídicas dela decorrentes podem sofrer limitações baseadas no dever de lealdade, corolário do princípio da boa-fé.

7.4. O ABUSO DO DIREITO

Concebido com vistas à vedação da prática de atos emulativos, o Instituto do Abuso do Direito nasce na França e, inicialmente, na Alemanha e posteriormente na Itália, ganha novos contornos doutrinários, o que amplia seu espectro de influência e potencializa sua

aplicação prática a diversas situações, ora para, de forma preventiva, orientar condutas, ora para, de forma corretiva, limitar posições jurídicas.

No Brasil, com a entrada em vigor do Códex Civil de 2002, veio a expressa positivação do abuso do direito, inserta no ordenamento jurídico pátrio especificamente pelo artigo 187 que dispõe que comete ato ilícito aquele que exerce um direito em manifesto excesso em relação aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Disposto na parte geral do Código Civil, este dispositivo aplica-se de forma irrestrita para limitação de qualquer posição jurídica que não disponha de regulamentação específica, o que conduziu ao entendimento de que pode perfeitamente ser aplicado no âmbito do procedimento de recuperação judicial.

7.4.1. O Abuso do Direito de Voto pelo Credor

Como foi observado ao longo do presente estudo, não é incomum que, levado por seus interesses egoísticos, um credor tente se aproveitar da situação de crise enfrentada pelo devedor em recuperação para maximizar as chances de sucesso na satisfação dos seus créditos, mesmo que isso implique em prejuízo aos demais credores, bem como a sociedade de forma geral.

Desta constatação decorre a necessidade de se impor limites ao exercício do direito de voto pelo credor. Nesse sentido, observou-se que, sendo “espécie” do “gênero abuso do direito”, o abuso do direito de voto pelo credor na recuperação judicial também pode ser coibido a partir da aplicação direta das disposições prescritas pelo Códex Civil em seu artigo 187.

Contudo, verificou-se que no artigo 187, do Código Civil, se trabalha com conceitos do tipo aberto, que são genéricos e, *a prima facie*, desprovidos de conteúdo concreto, o que torna extremamente árdua a tarefa de definir os limites ao direito de voto do credor com base em tais conceitos.

Isto posto, restou evidente que, para que se possa efetivamente limitar o exercício abusivo do direito de voto pelo credor, faz-se necessário buscar parâmetros mais objetivos e claros e, nesse sentido, salientou-se a asserção de Cordeiro (2011, p. 867) de que “*não há*

limites genéricos aos direitos mas, tão só, disposições limitativas. Todos os limites efectivos ao conteúdo dos direitos exigem uma determinação do caso concreto”.

Como visto, restou claro que as possíveis limitações ao exercício do direito de voto pelo credor, bem como a abrangência de tais limitações, apenas podem ser determinadas com base na análise do caso concreto, ao se considerar todas as suas peculiaridades.

Todavia, verificou-se que é possível abstrair da doutrina consolidada sobre o tema alguns parâmetros que, mesmo concebidos de forma abstrata, podem ser aplicados ao caso concreto de modo que se facilite a determinação dos limites aplicáveis ao exercício de voto pelo credor.

Nesse sentido, destacaram-se (I) os princípios da preservação da empresa e da função social (art. 47, da LREF), como orientadores e, também, efetivamente como limitadores do exercício do direito de voto pelo credor; a adoção do dever de boa-fé na relação entre credor e devedor, constituindo os interesses deste um limitador ao exercício do direito de voto daquele e (II) a aplicação do dever de lealdade para limitação ao exercício do direito de voto pelo credor, corolário da boa-fé objetiva, abstrai-se da condição do credor de integrante de uma comunhão de interesses e lhe impõe o dever de buscar a concretização do fim comum, observando, dentre outros, deveres de consideração e respeito mútuos.

Princípios basilares da LREF, a preservação da empresa e da sua função social, são os pilares que fundamentam todo o sistema recuperacional e falimentar nacional. Entretanto, estes princípios, que irradiam seus efeitos por todos os expedientes desenvolvidos no curso do procedimento de recuperação judicial e – frise-se – também na falência, na falta de parâmetros objetivos previamente estabelecidos, não raramente têm sido adotados como fundamento para decisões que visam coibir a prática do exercício abusivo do direito de voto pelo credor na deliberação sobre o plano de recuperação.

Como visto, por se tratar de conceitos abertos, dão margem à discricionariedade e, caso sejam aplicados de forma indiscriminada, podem causar distorções no sistema recuperacional e falimentar e gerar insegurança jurídica, o que terminaria por implicar em desestímulos à concessão/realização de investimentos e à concessão de financiamentos pelos credores, levando ao agravamento da situação de crise que a LREF visa combater e superar.

Tendo em vista a possível ocorrência desta situação, mostrou-se mais consentânea com os objetivos da LREF a adoção, primeira, dos parâmetros objetivos por ela estabelecidos,

seguidos da limitação da conduta dos credores pelos deveres que lhe são impostos em função de estarem reunidos em uma comunhão de interesses e somente então, apenas em casos excepcionais, se admitir a limitação por aplicação direta dos princípios basilares ao caso concreto.

Viu-se no estudo em tela que o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor tem natureza contratual, visto que pressupõe um acordo entre partes, ainda que, por parte dos credores, a formação da vontade coletiva se conforme por aplicação do princípio majoritário.

Com este pressuposto em perspectiva, verificou-se que é possível aplicar à conduta do credor na recuperação judicial as disposições prescritas pelo Código Civil para os contratantes, no artigo 422, que determina a observância da probidade e da boa-fé na celebração do contrato, e no artigo 187, com vistas à caracterização do abuso do direito como ato ilícito.

Nessa linha, observou-se que deve vigorar entre os credores, bem como entre eles e o devedor, o princípio da boa-fé, que, como visto, pode exercer função limitativa em decorrência do disposto no artigo 187, do Código Civil. (MANGE, 2010)

No entanto, mostra-se relevante a ressalva de que o dever recíproco de boa-fé entre o credor e o devedor, que enseja a observância de diversos deveres secundários que podem ter reflexo no exercício do direito de voto, não obriga o credor a aceitar qualquer alteração do seu crédito para efetivar o plano de recuperação proposto pelo devedor.

Buschinelli (2014, p. 77), nesse sentido, aduz que *“A afirmação de que os credores estariam sujeitos a um dever de aceitar alterações a seu crédito para alcançar uma solução recuperacional não parece consentânea com esse objetivo.*

À vista disso, observou-se que é possível que a conduta do credor no âmbito da recuperação judicial pode sofrer limitações baseadas na boa-fé e em seus corolários, com vistas a coibir a prática de atos emulativos. Todavia, não se pode abdicar da observância à autonomia do credor – a quem a LREF delega a prerrogativa de decidir sobre a viabilidade ou não da empresa – na defesa de seus interesses, sob pena de se gerar insegurança jurídica e se desestimular a atividade econômico-financeira.

Portanto, tem-se que toda a atuação dos credores para com o devedor, e vice-versa, deve ser pautada pela boa-fé que impõe deveres laterais de consideração e de informação a

ambas as partes.

Nesse contexto, verificou-se que ganha relevo, como fator limitador do exercício abusivo do direito de voto pelo credor, o dever recíproco de lealdade que passa a vigorar entre os credores com a conformação da comunhão de interesses que decorre da implementação do procedimento de recuperação judicial.

A caracterização da inobservância do dever de lealdade entre os credores como abuso do direito, como se viu, decorre do entendimento de que este dever seria corolário da boa-fé e por constituir-se, esta, em limite expresso ao exercício de posições jurídicas (art. 187, do Código Civil), depreende-se que, em uma comunhão de interesses, ao não observar o seu dever de lealdade, em relação aos demais credores individualmente e à própria coletividade de credores, o credor incide no abuso do direito de voto.

Assim, constatou-se que a afirmação de que o credor, ao integrar uma comunhão de interesses, deverá lealdade à comunhão, bem como aos seus pares, não pressupõe assegurar que ele deverá encontrar na comunhão um interesse coletivo comum que oriente a sua tomada de decisão, apenas significa que o exercício do seu direito de voto no curso do procedimento de recuperação judicial poderá ser limitado, caso suas ações excedam manifestamente os limites estabelecidos.

As hipóteses de ocorrência de abuso do direito de voto pelo credor na recuperação judicial foram agrupadas em duas categorias, seguindo sistemática proposta por Buschinelli (2014), adaptada, quanto à nomenclatura, para utilização neste estudo.

Na primeira categoria, chamada de “**abuso do direito de voto em função da busca de interesse egoístico**”, foram enquadradas aquelas hipóteses em que o credor exerce seu direito de voto com o objetivo de obter benefício pessoal, prejudicando a coletividade de credores.

Nessa categoria foram incluídas, a título meramente exemplificativo, hipóteses de caracterização do abuso do direito de voto como a da utilização da cessão de crédito como forma de controlar os resultados das deliberações em assembleia. Ao adquirir a maioria dos créditos de uma, ou mais, classes o credor podeira obstar a aprovação do plano de recuperação e, com isso, passaria a ter o poder de decidir o destino do procedimento de recuperação judicial.

Incluiu-se, também, nessa categoria, a hipótese de realização de negociação direta entre o credor e o devedor com vistas à obtenção de vantagem pessoal, com implicação no

estabelecimento de tratamento diferenciado entre credores da mesma classe, o que, em caso de aprovação pelo quórum alternativo (art. 58, § 1º) é expressamente vedado pela LREF.

Na mesma linha da realização de negociação direta entre o credor e o devedor com vistas à obtenção de vantagem pessoal, discorreu-se, também, sobre a hipótese do credor exercer seu direito de voto em função do recebimento de contrapartida (seja ela pecuniária ou não), em prejuízo dos demais credores, o que configuraria o abuso do direito de voto pelo credor, bem como caracterizaria a prática de favorecimento de credores, prevista pela LREF em seu artigo 172.

Ainda nessa categoria, viu-se que o abuso do direito de voto também pode ser caracterizado na hipótese em que um credor titular de créditos enquadrados em classes diferentes exerce seu direito de voto em uma classe, em prejuízo de todos os créditos desta classe (inclusive os dele), para garantir privilégios para os seus créditos de outra classe, aceitando assim onerar demasiadamente seus créditos em uma classe, desde que os créditos na outra classe não fossem onerados, ou caso o fossem, o sacrifício a eles imposto fosse mínimo, priorizando o resultado positivo na posição global dos seus créditos, em detrimento de pequeno prejuízo sofrido em parte deles.

No contexto dessa peculiar situação, observou-se que, também, entre os integrantes de uma determinada classe de credores se forma uma comunhão de interesses específica (SCHMIDT, 2011, pp. 108-135, apud BUSCHINELLI, 2014, p. 153), comunhão, esta, que está contida naquela composta pela totalidade dos credores participantes da recuperação judicial e na qual também deve vigorar o dever de lealdade.

Restou evidente, ainda, que o direito de voto exercido, pelo concorrente que é titular de créditos envolvidos na recuperação judicial, com vistas à redução ou eliminação da concorrência também pode configurar o abuso do direito de voto.

Assim, verificou-se que comete o abuso do direito de voto em função de interesse egoístico, tanto o credor que exerce o seu direito de voto privilegiando seus interesses pessoais, em desacordo com os interesses da coletividade, ou para causar, a esta, danos, quanto o credor que o faz em prejuízo dos demais credores isoladamente.

Na segunda categoria, denominada “**abuso do direito de voto em função da adoção de condutas obstrutivas**”, foram dispostas aquelas hipóteses em que o credor adota conduta voltada exclusivamente a garantir a rejeição do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, ou seja, o credor vota pela rejeição do plano de recuperação, sem que haja

nenhuma justificativa plausível para essa conduta.

Observou-se, no curso deste estudo, que a conduta obstrutiva, de forma geral, é perpetrada pelo credor que dispõe de mais de 2/3 (dois terços) dos créditos de sua classe, apresentando seu voto um elevado peso na recuperação judicial, pois lhe garante poder para vetar o plano de recuperação judicial.

Com o objetivo de coibir este tipo de conduta obstrutiva, viu-se que a LREF instituiu o quórum alternativo para aprovação do plano de recuperação judicial (art. 58, § 1º), medida, esta, inspirada em mecanismo presente no sistema falimentar dos Estados Unidos da América chamado “*cram down*”.

Como se viu, mesmo tendo sido inspirado no *cram down* norte-americano, o quórum alternativo estabelecido pelo parágrafo primeiro do artigo 58, da LREF é muito mais limitado, sendo inaplicável – se observada apenas a literalidade do dispositivo – em casos nos quais se tenha credor único, ou com mais de 2/3 (dois terços) dos votos na classe em que o plano foi rejeitado, enquanto o *cram down* em sua acepção originária garante ampla discricionariedade ao magistrado que pode deferir a recuperação judicial independentemente do quórum verificado na classe que rejeitou o plano, desde que as peculiaridades do caso concreto ofereçam sólido fundamento para esta decisão.

Nesse ponto, mostrou-se importantíssima a contribuição oferecida por Munhoz (2007, p. 161) que propõe, como alternativa teórica para a concretização dos objetivos da LREF (art. 47), a possibilidade de aprovação pelo juízo de plano de recuperação judicial que tenha sido rejeitado pela Assembleia-Geral de Credores, desde que seja garantido o “*unfair discrimination*”, ou seja, tratamento igual ao prestado aos demais credores titulares de créditos da mesma natureza ao credor que rejeite o plano, bem como se assegure o “*best-interest-of-creditor*”, que significaria o recebimento, por todos os credores, de valor, no mínimo, igual ao que aufeririam em caso de decretação da falência do devedor.

Na tentativa de se aferir se o argumento suscitado pelo credor para fundamentar seu voto pela rejeição do plano de recuperação seria legítimo, constatou-se que o magistrado poderia recorrer à comparação entre a situação do credor caso decretada a falência e a situação em que este se encontraria caso deferida a recuperação judicial. Caso a conclusão fosse de que a situação do credor seria igual ou mais favorável com o deferimento da recuperação judicial, o voto dele pela rejeição do plano poderia ser considerado abusivo, visto que excederia manifestamente o seu fim econômico. (BUSCHINELLI, 2014)

Dessa forma, ficou claro que o credor que, sem justificativa plausível, ou mesmo sem justificativa alguma, vota pela rejeição do plano de recuperação judicial, pode ter o seu voto considerado abusivo.

7.5. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE VOTO

No curso do estudo em tela, percebeu-se que o exercício abusivo do direito de voto pelo credor pode ensejar, a princípio, duas consequências diversas que são: (1) a responsabilização civil do devedor pelos danos causados a outrem pela conduta abusiva por ele perpetrada e (2) a anulação do voto resultante do exercício abusivo do direito pelo credor.

Conquanto se tenha verificado tanto a possibilidade de se anular o voto abusivo, quanto à plausibilidade de se responsabilizar civilmente o credor pelos danos decorrentes da sua conduta abusiva, constatou-se que a caracterização do abuso do direito de voto é uma tarefa extremamente árdua e que, em muitos casos, demanda a aplicação ao caso concreto de diversos dispositivos legais que fogem ao escopo da LREF, visto que o legislador, ao concebê-la, pouco se preocupou em estabelecer parâmetros objetivos aptos a caracterizar a prática do abuso do direito de voto.

Verificou-se, portanto, que, à míngua de parâmetros objetivos estabelecidos especificamente para delinear os contornos do abuso do direito de voto na recuperação judicial e assim coibir a adoção de condutas abusivas pelo credor, para a caracterização de uma conduta do credor, no exercício do seu direito de voto, como abusiva deve-se sempre manter em perspectiva a necessidade de se analisar as peculiaridades do caso concreto, sob pena de se obter conclusões tendenciosas e incoerentes com a realidade fática.

Como se viu, diante das evidentes limitações apresentadas pela LREF no tocante à caracterização do abuso do direito de voto, somente no caso concreto é possível se configurar a prática da conduta abusiva do credor que, uma vez caracterizada, pode resultar na anulação do voto e/ou na responsabilização civil do credor pelos danos causados.

Nessa linha, observou-se que há divergência doutrinária no que diz respeito ao aspecto subjetivo ou objetivo do abuso do direito enquanto ensejador de responsabilidade civil. Viu-se que por um lado alguns autores defendem a necessidade de se aferir a culpabilidade do credor, indagando sobre a sua vontade de praticar o ato abusivo. Filiam-se a essa corrente autores

como Jan Peter Schmidt e Gabriel Saad Kik Buschinelli, por exemplo.

Em contraponto a esta posição, constatou-se que existem juristas que sustentam ser objetiva a responsabilidade civil que decorre do ato abusivo. Nessa linha de entendimento destacam-se autores como Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias.

Ainda dentro da corrente que entende ser objetiva a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito, viu-se que há quem vá mais longe e defenda que seria anacrônico enquadrar o abuso do direito como “ato ilícito”, por entender que “*a culpa seria um elemento quase indissociável do conceito de ilicitude*”. Sustenta essa tese Carpena (2002, P. 382).

Contudo, independentemente das divergências doutrinárias existentes entre essas correntes opostas de pensamento, percebeu-se que é consensual o entendimento de que do exercício abusivo do direito pode decorrer a responsabilização civil daquele que praticou o abuso.

Ademais, verificou-se que entende a doutrina pátria que, além de ensejar responsabilidade civil, o instituto do abuso do direito tem como função precípua obstar o exercício de posições jurídicas em manifesto excesso aos limites que lhe são impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e, ainda, pelos bons costumes.

Este estudo contou, também, com a colaboração da jurisprudência pátria no sentido da identificação de possíveis consequências decorrentes do abuso, pelo credor, do direito de voto.

Da contribuição da jurisprudência, pôde-se depreender que é recorrente no julgamento de casos de abuso do direito de voto na recuperação judicial o juízo recorrer à adoção do princípio da preservação da empresa como fundamento para a desconsideração do voto tido como abusivo.

Percebeu-se, ainda, que, caminhando no sentido da acepção originária do *cram down* em sua vertente norte-americana, tem-se permitido a mitigação dos requisitos estabelecidos pelo § 1º, do artigo 58, da LREF, garantindo-se, com isso, maior discricionariedade e autonomia para o magistrado decidir pela aprovação do plano de recuperação quando configurado, no caso concreto, o exercício abusivo do direito de voto pelo credor.

A aplicação supletiva das disposições refertentes à caracterização do abuso do direito contidas no Código Civil, mais especificamente em seu artigo 187, também pôde ser

verificada, bem como a alusão a princípios como o da igualdade e o da função social, dentre outros.

Figuras como a *par conditio creditorium*, que visa o estabelecimento de iguais condições para os credores de uma mesma classe e o abuso de minorias, em que a conduta de poucos prejudica a maioria, também dispostaram nos arestos apreciados neste trabalho.

Foi possível observar a preocupação das cortes, cujos julgados foram aqui analisados, em garantir máxima efetividade aos princípios que regem a LREF, bem como privilegiar a concretização do objetivo da lei, em detrimento dos interesses individuais de certos credores.

Não se pode deixar de destacar que, como prescreve a doutrina, os tribunais pátrios tem procurado extrair do caso concreto elementos que fundamentem suas decisões, inclusive, nos casos em que se decide pela convocação da recuperação judicial em falência.

Constatou-se, assim, que doutrina e jurisprudência convergem quanto ao entendimento de que do exercício abusivo do direito de voto pelo credor podem decorrer a anulação do voto exercido em manifesto excesso e a responsabilização civil do credor pelos danos ocasionados pela conduta abusiva por ele perpetrada no exercício do seu direito de voto. Do mesmo modo, é concenso entre ambos que são diversas as vias pelas quais se mostra possível a caracterização de uma conduta do credor, no exercício do seu legítimo direito de voto, como abusiva.

7.6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A LREF, conforme ficou evidente no presente estudo, representou um grande avanço no sentido da modernização do sistema falimentar e sua harmonização com a nova realidade vivenciada pela economia brasileira e mundial que tem demandado maior preocupação com questões socio-ambientais, além daquelas econômico-financeiras que sempre permearam as discussões relativas à atuação das empresas no mercado.

Nesse sentido o intuito da recuperação judicial ganha grande relevo, posto que desenvolvido com o principal objetivo de concretizar os objetivos da LREF de viabilizar a superação da situação de crise enfrentada pelo devedor, para com isso, propícias à preservação dos benefícios socio-econômicos decorrentes da manutenção da atividade produtiva.

Contudo, com o início do procedimento de recuperação judicial e a formação da

coletividade de credores, ficou claro, também, que a composição dos diversos interesses envolvidos na recuperação pode ser muito difícil e que, nesse contexto, podem ser cometidos excessos pelos credores ao exercerem seu direito de voto apenas para assegurar benefícios pessoais, em prejuízo da coletividade de credores, bem como dos demais interesses envolvidos.

Coibir tais abusos afigurou-se, também, uma tarefa muito complexa diante da falta de critérios objetivos referentes à configuração do abuso do direito de voto pelo credor. Com isso, observou-se que o legislador, ao conceber a LREF, não se preocupou em estabelecer parâmetros para a caracterização desta espécie de abuso do direito, o que tem ocasionado grandes dificuldades para inibir tal prática no âmbito do procedimento de recuperação judicial.⁸

Todavia, foi possível verificar que doutrina e jurisprudência têm caminhado no sentido de conferir à norma uma interpretação sistemática propiciando ao magistrado, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, maior discricionariedade e autonomia na aplicação dos institutos da LREF, com vistas à concretização dos seus objetivos.

A partir destas constatações foi possível concluir que, não só, a resposta para a indagação inicial deste estudo é afirmativa, **sim, pode ocorrer abuso do direito de voto pelo credor no âmbito das deliberações em Assembleia-Geral de Credores, no curso do Procedimento de Recuperação Judicial**, como, também, que doutrina e jurisprudência e o próprio legislador pátrio têm trabalhado no sentido de estabelecer parâmetros objetivos que permitam a caracterização de tais abusos, de modo que se possa coibí-los e, com isso, garantir maior efetividade à LREF e propiciar-lhe melhores chances de concretização dos objetivos para os quais foi concebida.

⁸ Proposta de inclusão de critérios objetivos para caracterização do abuso do direito de voto veiculada pelo Projeto de Lei n. 10.220/2018. Veja-se:

Art. 39. [...]

§ 7º O voto será considerado abusivo quando o credor:

I - dele se valer para obter vantagem ilícita ou exclusivamente para prejudicar devedor ou terceiro;

II - exercê-lo por conta, ordem ou no interesse total ou parcial de outro que não o próprio credor, ressalvado o disposto no art. 27, § 4º; ou

III - tiver ajuste com devedor ou terceiro que implique a não submissão integral aos efeitos das disposições do plano de recuperação judicial impostas aos demais credores da mesma classe. (BRASIL, 2018, p. 15)

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMEK, Marcelo Vieira von. **Abuso de Minoria em Direito Societário (Abuso das Posições Subjetivas Minoritárias)**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos**. Revista CEJ, V. 3 n. 9 set./dez. 1999. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/236/398>>. Acesso em: 11 de novembro de 2018.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Comentários aos artigos 35 a 46**. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BENETI, Sidnei Agostinho. “**O Processo de Recuperação Judicial**”. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Conselho Justiça Federal. **I Jornada de Direito Civil**. Brasília, 12 e 13 de setembro de 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf>>. Acessado em: 10 de outubro de 2018.

_____. Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Regula a Recuperação Judicial, a Extrajudicial e a Falência do Empresário e da Sociedade Empresária**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 06 de outubro de 2018.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14 de outubro de 2019.

_____. Projeto de Lei n. 10.220/2018, **Altera a Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e a Lei nº10.522, de 19 de julho de 2002, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1165737142B1F4E862FBBCB99ABF4146.proposicoesWebExtern01?codteor=1658833&filename=PL+10220/2018>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.337.989/SP**. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: W S Indústria E Comércio LTDA.. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102695785&dt_publicacao=04/06/2018>. Acesso em: 21 de maio de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.634.844/SP**. Recorrente: Banco Paulista S/A. Recorrido: Carbono Quimica LTDA. (em recuperacao judicial) e Outros. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=91590894&num_registro=201600959558&data=20190315&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 de maio de 2019.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CARPENA, Heloísa. “**O abuso do Direito de Voto no Código Civil de 2002**”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.), *A Parte Geral do novo Código Civil – Estudos e perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar. 2002.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. vol. 2, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. vol. 3, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 4ª reimp., Coimbra: Almedina, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. v. 1. 11. ed. Bahia, JusPODIVM, 2013.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes. **Comentários aos Artigos 35 a 46**. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Sérgio de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa**. 1. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

GOIÁS, Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Agravo de Instrumento nº 185711-33.2015.8.09.0000**. Agravante: Banco Bradesco S/A. Agravado: Companhia Bioenergetica Brasileira e Outros. Rel. Des. Beatriz Figueiredo Franco. Disponível em: <<https://www.tjgo.jus.br/>>. Acesso em: 26 de setembro de 2018.

HECK, Philipp. **Das Recht der großen Haverei**. Apud: BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Abuso do Direito de Voto na Assembleia de Credores*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

JHERING, Rudolph von. **Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen**. Apud: BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Abuso do Direito de Voto na Assembleia de Credores*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LOBO, Jorge. **Da Recuperação Judicial**. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Comentários aos artigos 35 a 69.** In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). *Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MANGE, Eduardo Foz. **Assembleia-Geral de Credores na Recuperação Judicial.** Dissertação (Dissertação de Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. São Paulo: 2010.

MANGE, Renato Luiz de Macedo. **O Administrador Judicial e o Comitê de Credores.** In: SANTOS, Paulo Penalva (Coord.) *A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-fé.** Canela: 2006. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe.pdf>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2018.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial.** In: *Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais*, ano 10, n. 36, 2007.

_____. **Comentários aos Artigos 55 a 69.** In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Sérgio de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

NATOLI, Ugo. **Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano.** *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 53, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1966.

RANIERI, Filippo. **Abuse of Law.** Apud: BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Abuso do Direito de Voto na Assembleia de Credores*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

_____. **Bonne Foi et Exercice du Droit dans la Tradition du Civil Law.** Apud: BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Abuso do Direito de Voto na Assembleia de Credores*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SADDI, Jairo. **O Comitê e a Assembleia de Credores na Nova Lei Falimentar.** In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Recuperação de Empresas*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 0060211-41.2016.8.19.0000.** Agravante: Banco Santander (Brasil) S/A. Agravado: Life Imagem Diagnostico por Imagem Clinica Medica e Participações S/A e Outros. Rel. Des. Guaraci de Campos Vianna. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045D2BA97CA239F408FB80CE1C84DA0089C50611413A4F>>. Acesso em: 19 de setembro de 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 990101050528.** Agravante: Serrana Papel e Celulose S/A (em recuperação judicial).

Agravado: O Juízo. Rel. Des. Pereira Calças. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=4426713&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_5c38ef7127f842be8562e46b2a7db0f7&v1Captcha=htep&novoVICaptcha=>. Acesso em: 02 de outubro de 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 2180362-41.2015.8.26.0000**. Agravante: Banco do Brasil S/A. Agravado: Stell Comércio e Soluções em Telecomunicações LTDA.. Rel. Des. Ricardo Negrão. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9226166&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_39f43830459a4b5ba0a4c0f629a822ba&v1Captcha=mftqc&novoVICaptcha=>. Acesso em: 18 de maio de 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 2234845-50.2017.8.26.0000**. Agravante: Banco do Brasil S/A. Agravado: Machbert Equipamentos e Serviços LTDA. (em recuperação judicial). Rel. Des. Araldo Telles. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12396371&cdForo=0>>. Acesso em: 18 de maio de 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento n° 2015.045438-8**. Agravante: Metalúrgica Duque S/A (Em Recuperação Judicial). Agravado: Itaú Unibanco S/A. Rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva. Disponível em: < http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANpEgAAU&categoria=acordao>. Acesso em: 23 de setembro de 2018.

SATIRO, Francisco. **Autonomia dos Credores na Aprovação do Plano de Recuperação Judicial***. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares. *Direito Empresarial e Outros Estudos de Direito em Homenagem ao Professor Jose Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SCHMIDT, Jan Peter. **Zivilrechtskodifikation in Brasilien**. Apud: BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Abuso do Direito de Voto na Assembleia de Credores*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

SCHMIDT, Karsten. **“Das Recht der Mitgliedschaft: Ist ‘korporatives Denken’ passé?”**. Apud: BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Abuso do Direito de Voto na Assembleia de Credores*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

SZTAJN, Rachel. **Da recuperação judicial**. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei n. 11.101/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Tarcisio. **A Recuperação Judicial de Empresas**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. jan./dez. 2011/2012, v. 106/107.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOKARS, Fábio. **As limitações de aplicação do "cram down" nas recuperações judiciais brasileiras**. Disponível em: <<https://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2508142/as>>

limitacoes-de-aplicacao-do-cram-down-nas-recuperacoes-judiciais-brasileiras>. Consultado em 19/11/2018.

VEGARA, Sylvia Constant. **Projetos e Relatórios de Pesquisa em Administração**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2010.