

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

SUÉLEN FERNANDA WERNZ

O ABUSO DO DIREITO DE VOTO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

**Porto Alegre
2018**

SUÉLEN FERNANDA WERNZ

O ABUSO DO DIREITO DE VOTO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco

Porto Alegre
2018

SUÉLEN FERNANDA WERNZ

O ABUSO DO DIREITO DE VOTO RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em __ de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco

Professor
Membro da Banca

Professor
Membro da Banca

*Aos meus pais, que tantos
sonhos abandonaram para
que eu buscasse os meus.*

RESUMO

Busca o presente trabalho analisar os parâmetros que são adotados para que se reconheça o abuso do direito de voto pelos credores no processo de recuperação judicial. Para tanto, buscou-se analisar os casos mais recorrentes em que a jurisprudência brasileira reconheceu um voto como sendo abusivo, sistematizando-os em grupos conforme os fundamentos que foram utilizados para formar a decisão. Assim, foi possível reconhecer as hipóteses de abuso do direito de voto por inobservância ao princípio da preservação da empresa, de abuso do direito de voto por inobservância da boa-fé perante o devedor e de abuso do direito de voto por inobservância do dever de lealdade perante os demais credores. Por fim, também foi feita uma análise das disposições presentes no Projeto de Lei nº 10.220/2018 sobre o tema, apontando a eventual influência destas disposições nas hipóteses de abuso do direito de voto que já se encontram consolidadas pela jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Lei nº 11.101/2005. Recuperação judicial. Abuso do direito de voto.

ABSTRACT

This paper seeks to analyze the parameters that are adopted in order to recognize the creditors abuse of right to vote in the reorganization process. For this purpose, it was analyzed the most recurrent cases in which the Brazilian jurisprudence recognized a vote as being abusive, systemizing them in groups according to the reasons that were used to justify the decision. Therefore, it was possible to recognize the hypotheses of abuse of the right to vote for the failure to comply with principle of preservation of the company, for the failure to observe good faith before the debtor and for the failure to comply with the duty of loyalty to the other creditors. Finally, an analysis of the provisions present in the Bill No. 10.220/2018 on the subject was also made, pointing to the possible influence of these provisions on the hypotheses of abuse of the right to vote that are already consolidated by the Brazilian jurisprudence.

Key words: Law No. 11.101/2005. Reorganization. Abuse of the right to vote.

LISTA DE ABREVIACOES

AGC	Assembleia Geral de Credores
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
CJF	Conselho da Justiça Federal
Des.	Desembargador
Desa.	Desembargadora
LSA	Lei das Sociedades Anônimas
LRF	Lei de Recuperao de Empresas e Falências
PL	Projeto de Lei
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A AUTONOMIA DOS CREDORES E O EXERCÍCIO DO DIREITO DE VOTO	13
1.1 A COMUNHÃO DE INTERESSES DOS CREDORES	13
1.2 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DOS CREDORES	17
1.3 OS LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE VOTO	22
1.4 A SOBERANIA DAS DECISÕES ASSEMBLEARES	25
2 OS PARÂMETROS PARA O RECONHECIMENTO DO VOTO ABUSIVO EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.101/2005	29
2.1 VOTO ABUSIVO POR INOBSERVÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO	30
2.1.1 A necessidade de viabilidade da atividade para a aplicação do princípio da preservação da empresa	34
2.2 VOTO ABUSIVO POR INOBSERVÂNCIA DA BOA-FÉ EM RELAÇÃO AO DEVEDOR	40
2.3 VOTO ABUSIVO POR INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE LEALDADE PARA COM A COLETIVIDADE DE CREDORES	48
3 O VOTO ABUSIVO À LUZ DO PROJETO DE LEI Nº 10.220/2018	55
3.1 VOTO ABUSIVO POR OBJETIVAR VANTAGEM ILÍCITA OU PREJUÍZO DO DEVEDOR OU DE TERCEIRO	57
3.2 VOTO ABUSIVO POR EXERCÍCIO POR CONTA, ORDEM OU INTERESSE ALHEIO AO DO CREDOR	62
3.3 VOTO ABUSIVO POR EXISTÊNCIA DE AJUSTE QUE CONCEDA TRATAMENTO DIFERENCIADO AO CREDOR	67
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS	83

INTRODUÇÃO

Este estudo versa sobre os parâmetros adotados para a caracterização do exercício abusivo do direito de voto em assembleia geral de credores no processo de recuperação judicial. Mais especificamente, ante a omissão da legislação atual, serão analisados os critérios construídos e aplicados ao longo do tempo pela doutrina e pela jurisprudência na solução dos casos referentes ao tema, bem como analisar-se-á o eventual tratamento que se dispensará ao tema se aprovado o Projeto de Lei nº 10.220/2018, que propõe adicionar à lei recuperacional um rol de hipóteses que configurariam o voto abusivo.

Com o exame realizado, espera-se poder demonstrar que, mesmo com a ausência de regramento específico na legislação, a compreensão dos valores almejados pelas regras jurídicas e pelos princípios trazidos na Lei de Recuperação e Falências (LRF)¹ permitiu uma tentativa de sistematização dos cenários de votos abusivo.

Debruça-se o trabalho, assim, especificamente sobre o abuso do direito de voto, escapando da análise os pressupostos e as consequências decorrentes do instituto geral do abuso do direito. O objetivo, também, é que a análise recaia sobre o voto na assembleia geral de credores na recuperação judicial, que detém características próprias e distintas de outras configurações assembleares previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

A evolução da legislação recuperacional e falimentar mostra que a participação dos credores nos processos a ela submetidos oscila como um pêndulo, passando ora por momentos em que se protege e se incentiva o envolvimento dos credores, ora por momentos em que se restringe e se delimita o seu campo de atuação². No caso da legislação atualmente em vigor, que traz como pilares não somente a preservação da empresa, mas também a participação ativa dos credores, tentou-se garantir uma série de prerrogativas e direitos a eles, no intuito de propiciar um melhor foro negocial para a situação da empresa em crise.

Uma destas prerrogativas – que é a principal atribuição dada aos credores na LRF – é a que nasce juntamente com a formação da Assembleia Geral de Credores (AGC), a partir da qual os credores estão habilitados a influenciar diretamente na esfera jurídica da empresa deve-

¹ SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luiz Felipe. Objetivos e Princípios da Lei de Falências e Recuperação de Empresas. **Revista Síntese Direito Empresarial**, v. 26, 2012, p. 15.

² SADDI, Jairo. Considerações sobre o Comitê e a Assembleia de Credores. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) *et alii*. **Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005**. São Paulo: Quartier latin, 2005, p. 202.

dora, mediante a deliberação pela homologação ou pela não homologação do plano de recuperação judicial. Esta prerrogativa é conferida pela lei como uma contrapartida ao fato de os credores estarem submetidos à formação de uma coletividade obrigatória, não podendo, vez que instaurado o procedimento concursal, buscar satisfazer seus interesses individualmente perante o devedor.

Este direito de voto sobre o futuro da empresa em recuperação que é conferido aos credores é pautado pelo princípio da autonomia dos credores, entendendo-se, a partir disso, que estes são os que melhor sabem decidir sobre a tutela de seus próprios interesses. Assim, são incentivados a participar ativamente do processo de recuperação³, votando na AGC de acordo com seu próprio juízo de conveniência.

Entretanto, em que pese a conferência de autonomia ao exercício do direito de voto, não se deve olvidar que os credores estão inseridos em uma coletividade imposta em abstrato pela legislação⁴, de modo que sua conduta influencia tanto na esfera jurídica do devedor quanto na dos demais credores. Esta situação impõe a existência de limites à sua autonomia, condicionando seus votos a certos limites mínimos, ligados, principalmente aos objetivos propostos pela lei recuperacional, em especial o da preservação da empresa – limites estes que são o objeto do presente estudo.

Da mesma forma que se nota que a atuação autônoma dos credores é limitada pela objetivada preservação da empresa, também se nota que a preservação sofre limitações em decorrência desta autonomia que é conferida aos credores. Ou seja, qualquer empresa que deseja obter o benefício proposto pela LRF deverá, necessariamente, se submeter aos seus institutos, o que inclui condicionar a aprovação de seu plano de recuperação judicial à deliberação feita pela coletividade dos credores concursais.

Essa contraposição evidenciada por distintos bens jurídicos mercedores de tutela jurídica é analisada no presente estudo sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro. A análise feita, portanto, está ligada aos objetivos visados especificamente pela Lei nº 11.101/2005, a Lei de Recuperação e Falências, o que não afasta a possibilidade de eventual análise a partir do direito de outros ordenamentos jurídicos, ante os pontos de convergência que às vezes são evidenciados.

³ LOBO, Jorge. Da Assembleia-Geral de Credores. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.) *et alli*. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 85.

⁴ SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos Credores na Aprovação do Plano de Recuperação Judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Tavares (coords.) *et alli*. **Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 107.

Além disso, o presente estudo toma por base para seu desenvolvimento as propostas trazidas pelo Projeto de Lei nº 10.220/2018, que pretende alterar a legislação recuperacional e falimentar atualmente em vigor no Brasil, o que torna imperioso analisar os apontamentos e disposições dele constantes sobre o tema.

E para a efetivação da análise que se apresentará, adotou-se o método indutivo, partindo-se de pesquisa de casos práticos sobre o tema encontrados na jurisprudência dos Tribunais pátrios⁵. Este plano de estudo foi adotado em razão da ausência de regramento sobre o abuso do direito de voto na legislação atual, o que impõe que os parâmetros para o seu reconhecimento partam da iniciativa doutrinária e jurisprudencial.

Assim, foram agrupados os julgados encontrados a partir da fundamentação adotada em suas decisões para o reconhecimento do exercício abusivo do direito de voto, situação que permitiu sistematizá-los de acordo com os critérios e parâmetros mais comumente adotados pela jurisprudência pátria especializada no tema.

Importa destacar, desde logo, que a sistematização trazida parte dos parâmetros mais adotados e que se entende mais relevantes sobre o tema. No entanto, de modo algum a análise que é ora feita esgota os fundamentos dogmáticos utilizados pela jurisprudência para o enquadramento de um voto como abusivo.

Para tanto, no Capítulo Primeiro será feita análise sobre a atribuição de uma autonomia aos credores de uma empresa que se encontra em recuperação judicial. O modo como são exercidos os direitos destes credores se diferencia da regra geral configurada na relação com um credor solvente, haja vista eles estarem obrigatoriamente submetidos a uma coletividade, impedidos de buscar a tutela individual de seus direitos. À luz da AGC, serão analisados os limites a essa autonomia, bem como os limites à soberania das decisões tomadas pela coletividade.

No Capítulo Segundo, é a apresentada a sistematização feita a partir dos parâmetros que mais são adotados pelos Tribunais Estaduais para o reconhecimento do voto abusivo na AGC. Os grupos, analisados individualmente, versam sobre (i) o voto abusivo por inobservância da função social e da preservação da empresa em recuperação; (ii) o voto abusivo por inobservância da boa-fé em relação à empresa em recuperação; e, por fim, (iii) o voto abusivo por inobservância do dever de lealdade para com os demais credores submetidos à recuperação judicial.

⁵ Não foi adotado um critério específico sobre quais Tribunais seriam analisados para a realização do trabalho. As pesquisas buscaram decisões de todos os Tribunais estaduais do Brasil. Os julgados colhidos foram sendo agrupados de acordo com a fundamentação de suas decisões, de modo que são consideradas e elencadas no presente trabalho as decisões que se enquadraram na sistematização a partir dos fundamentos que mais foram encontrados. Assim, são trazidas decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina, do Paraná, do Rio de Janeiro, de São Paulo, de Minas Gerais e de Alagoas.

Por fim, no Capítulo Terceiro, é posto como elemento central de estudo o Projeto de Lei nº 10.220/2018, que ainda pende de discussão e aprovação. Caso aprovado este projeto, haverá, na legislação recuperacional, dispositivo específico sobre o abuso do direito de voto, o qual é analisado para que se averigüe se esta representará um melhor tratamento ao tema do que o que vem sendo empregado pela jurisprudência.

1 A AUTONOMIA DOS CREDORES E O EXERCÍCIO DO DIREITO DE VOTO

Em uma relação obrigacional, o credor, enquanto detentor de direito de crédito perante o devedor, tem o poder de exigir a prestação que lhe é devida, isto é, tem uma pretensão frente ao devedor⁶. Esta pretensão, diferentemente do que se pode imaginar, não se extingue com a submissão do devedor a um processo de recuperação judicial.

O que se verifica, na realidade, é apenas uma modificação da maneira como esta pretensão pode ser exercida pelo credor. Isto porque se forma, com a submissão do devedor a um dos institutos da LRF, um foro negocial entre ele e todos os seus credores, em razão, principalmente, da comum impossibilidade de os seus ativos saldarem integralmente todas as dívidas que possui.

Assim, a existência de um ambiente caracteristicamente negocial justifica a imposição de certas limitações à autonomia privada dos credores, que, regra geral, lhes é amplamente conferida. E esta limitação vai ter reflexos diretos no modo como vão exercer suas pretensões no cenário da recuperação judicial, influenciando, principalmente, na sua principal forma de manifestação: o exercício do direito de voto na AGC.

1.1 A comunhão de interesses dos credores

No âmbito do direito obrigacional, mesmo quando se fala de um devedor completamente solvente, já é possível também falar de concurso de credores: cenário que se observa desde que contra o mesmo patrimônio se dirijam créditos de dois ou mais credores⁷. A situação que se busca destacar, no entanto, encontra-se calcada justamente na condição jurídica dos credores que buscam a satisfação de seus interesses não contra devedor solvente, mas contra aquele que é insolvente e se submete a processo de recuperação judicial.

Para isso, imperioso se torna delinear a concorrência de credores quando da satisfação de interesses perante devedor solvente. Nesta hipótese, em princípio, todos os credores têm igual acesso aos bens do devedor, podendo negociar e compor o cumprimento das relações

⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. **Tomo V: Parte Geral**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 247.

⁷ *Idem*. Tratado de Direito Privado. **Tomo XXVII: Concurso de credores em geral. Privilégios. Concurso de credores civil**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 35.

obrigacionais entabuladas diretamente com ele, sem entrar em contato uns com os outros, isto é, individualmente.

Por outro lado, cenário completamente distinto se vislumbra quando do exercício de pretensões creditícias em face de credor em estado de insolvência. Este estado é conceituado, por sua vez, como a situação de impotência de o ativo solver o passivo⁸:

[A] insolvência, à luz do tratamento que lhe dispensou a lei brasileira, é o estado de fato revelador da incapacidade do ativo do ativo do empresário de propiciar-lhe recursos suficientes a pontualmente cumprir as suas obrigações, quer por carência dos meios próprios, quer por falta de crédito. Manifesta-se pela efetiva impossibilidade de pagamento pontual de suas dívidas, por ausência de valores prontos e imediatamente realizáveis para este fim.⁹

Para que reste configurada esta situação de insolvência, a legislação brasileira adota um critério denominado de misto, haja vista pressupor insolvente o devedor tanto pela impontualidade no pagamento de obrigação líquida (art. 94, I), quanto pela ocorrência de um dos casos elencados na lei, hábeis a exteriorizar a impossibilidade de arcar com as suas obrigações, mas sem, necessariamente, evidenciar uma ausência de pagamento (art. 94, II e III)¹⁰.

Assim, quando esculpida esta situação de insolvência, podem os credores buscar a satisfação de seus créditos por meio dos procedimentos que são elencados na LRF. Com isso, eles deixam de exercer suas pretensões de forma autônoma, passando a exercê-las de maneira coletiva¹¹.

Isto porque forma-se um processo universal¹², abrangendo todos os credores, de modo que estes passam a fazer parte de uma coletividade uns com os outros. A ideia desta coletividade, por sua vez, está ligada à conceituação de comunhão de interesses, representada pela

⁸ Fábio Ulhoa Coelho diferencia três espécies de crise que podem afetar uma empresa. A primeira, a econômica, estabelece-se quando há uma retração considerável nos negócios desenvolvidos pela empresa. A segunda, a financeira, mostra-se quando a empresa não tem caixa para adimplir suas obrigações. A terceira, por sua vez, a patrimonial, é a que qualifica a empresa como insolvente, emergindo quando há insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo (COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 63-64). Por sua vez, Luís Leitão conceitua a insolvência como “a situação daquele que está impossibilitado de cumprir as suas obrigações, normalmente por ausência da necessária liquidez em momento determinado, ou em certos casos porque o total das suas responsabilidades excede os bens de que pode dispor para as satisfazer” (LEITÃO, Luís, Manuel Teles de Menezes. **Direito da Insolvência**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 15).

⁹ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 209.

¹⁰ *Ibidem*, p. 207.

¹¹ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 29.

¹² REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 2.

atribuição de um “ente” supra individual, que faz com que os interesses individuais dos membros desta coletividade estejam largamente conexos, resolvendo-se numa situação de recíproca dependência¹³.

Importante, aqui, destacar que a comunhão de interesses à qual se refere no presente trabalho não se confunde com a mancomunhão germânica¹⁴. Isto porque a coletividade de credores, pelo menos na recuperação judicial, não detém um patrimônio que lhe é próprio – na verdade verifica-se o contrário, cada um dos credores membros da coletividade continua a ser detentor de seus interesses individuais¹⁵. O conceito de comunhão de interesses que se busca atribuir à coletividade de credores, portanto, é o preconizado por Jhering, que a relaciona à interdependência de posições jurídicas¹⁶.

Seja como for, essa coletividade toma forma na recuperação judicial e, mais do que isso, ela é imposta em abstrato pela LRF, na medida em que esta qualifica e agrupa os credores de forma a organizar um foro único para a tomada das decisões mais importantes sobre a vida da empresa em crise: a AGC¹⁷.

De se salientar, também, que não há impedimento a que o devedor insolvente negocie livremente com seus credores a satisfação dos interesses que aqueles detêm – o que, inclusive, é expressamente referido no art. 167 da LRF, quando trata da possibilidade de recuperação extrajudicial. No entanto, tendo em vista a existência de interesses potencialmente contraditórios, dificilmente, na prática, verificar-se-á um nivelamento voluntário dos credores – principalmente quando estes forem numerosos –, de maneira que a sua organização em uma coletividade qualifica-se como uma composição legalmente obrigatória¹⁸.

De qualquer forma, o fato é que credores passam a se encontrar atrelados a uma coletividade quando da busca de efetivação de seus interesses, ou seja, as relações jurídicas de um

¹³ REIS, Carlos David R. Aarão. O fundamento da proteção possessória. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 34, n. 136, pp. 143-152. Brasília: Senado Federal, outubro/dezembro de 1997, p. 150.

¹⁴ Nesta espécie de comunhão, os membros da coletividade “perdem a individualidade própria, deixam de ser titulares autônomos de direitos e passam a compor a coletividade, uma entidade nova, à qual a coisa pertence. Opera-se, assim, uma espécie de personificação jurídica de grupo” (BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 51-52).

¹⁵ Neste sentido, traz-se lição de Pontes de Miranda: “[a] teoria da comunhão *pro indiviso* que existiria no concurso de credores é falsa: confunde concorrência com comunhão” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXVII: Concurso de credores em geral. Privilégios. Concurso de credores civil**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 41).

¹⁶ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 35.

¹⁷ SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos Credores na Aprovação do Plano de Recuperação Judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Tavares (coords.) *et alli*. **Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 107.

¹⁸ *Ibidem*, p. 107.

dos credores com o devedor passam a interferir nas esferas jurídicas alheias. Neste sentido, leciona Paulo Campos Salles de Toledo:

Os credores, evidentemente sem perda de suas individualidades, são vistos como um agrupamento, tendo seus integrantes direitos e interesses comuns. Não são apenas, e isto é importante salientar, diversos credores, formando, com o devedor, diferentes e isoladas relações de débito e crédito. Sem que essas deixem de existir, uma vez que, se isso acontecesse, perderiam eles a qualidade de credores, constitui-se um tecido comum, do qual todos fazem parte. Por isso a relação jurídica é estabelecida entre o devedor comum e a coletividade de credores.¹⁹

Esta exata situação, segundo o estudo apresentado por Gabriel Buschinelli, que, tendo analisado a doutrina alemã, indica que Philip Heck, ao sistematizar a teoria “comunhão de interesses” de Jhering, afirma que é qualificada como uma “coligação de interesses”, gênero do qual irrompem duas espécies: a “comunhão de interesses em sentido estrito” e o “conflito de interesses”²⁰.

A espécie da “comunhão de interesses em sentido estrito” poderá ser vislumbrada quando houver uma conjunção paralela de interesses, isto é, quando existirem situações que evidenciem a solidariedade, em que há imprescindível bilateralidade na preponderância de interesses distintos. A espécie do “conflito de interesses”, por outro lado, é pautada pela relação entre interesses de distintos sujeitos, interesses estes que são inconciliáveis, “ou seja, quando a satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável à satisfação de uma necessidade distinta”²¹.

A natureza jurídica do concurso de credores seria a de conflito de interesses, na medida em que se deve atentar para não confundir a comunhão em sentido estrito com a cumulação subjetiva:

Onde há competição não há comunhão; os credores com-correm, isto é, com-petem, quer dizer: lançam pedidos rivais, petitiones em concorrência, em luta pelo mesmo bocado [...] entretanto credores concorrentes há conflito de interesses, de modo que cada um tem limite. Sempre que se força a natureza das coisas, ela, adianta, esponta.²²

¹⁹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. O Plano de Recuperação e o Controle Judicial da Legalidade. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo, vol. 60, pp. 307-322, abr./2013, p. 312.

²⁰ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 35-37.

²¹ ARAGÃO, Paulo Cezar. Apontamentos sobre desvios no exercício do direito de voto. CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Tavares (coords.) *et alli*. **Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 189.

²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. **Tomo XXVII: Concurso de credores em geral. Privilégios. Concurso de credores civil**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 40.

Entretanto, em que pese esta distinção das espécies de coligação de interesses, comumente se adota simplesmente a expressão “comunhão de interesses” para definir a natureza jurídica da coletividade imposta aos credores na recuperação judicial²³. Entende-se, então, que os credores estão unidos em uma comunhão de interesses, mesmo que cada um deles tenha interesses contrapostos aos dos demais – em outras palavras, é plenamente possível a existência de conflito de interesses dentro de uma comunhão de interesses²⁴.

No caso específico da recuperação judicial, essa comunhão de interesses perpassada por conflitos dos interesses particulares de cada um dos credores é espelhada, pelo ordenamento jurídico, através de uma limitação do exercício de prerrogativas individuais, havendo a composição de todos para a interposição de uma ação comum²⁵, concedendo à maioria – por meio da AGC, como referido supra – a prerrogativa de decidir sobre o futuro do devedor insolvente.

1.2 O princípio da autonomia dos credores

Por certo que, se possível o exercício da autonomia quando da criação do concurso de credores, poucos deles – para não dizer nenhum – escolheriam por vincular a satisfação de seus créditos à dos demais.

Esta possibilidade de escolha, evidentemente, tornaria inviáveis os objetivos propostos pela legislação, na medida em que transformaria o procedimento recuperacional em uma guerra de credores uns com os outros, na qual, cada um deles, visando a satisfação de seus interesses egoísticos, tomaria atitudes que prejudicariam não só os demais credores, mas como a possibilidade de preservação da atividade do devedor.

Em razão disto, a legislação impõe a sua vinculação, criando uma coletividade obrigatória, como delineado anteriormente. Como contraponto à essa imposição de vinculação a uma coletividade, a LRF alocou os interesses dos credores em uma situação de maior relevância²⁶, colocando-os em um lugar de destaque, ao contrário do regramento anterior (o Decreto-Lei n 7.661/45), que os deixava em posição inferior, sem lhes incumbir grandes poderes decisórios

²³ França, v.g., defende a ideia de que a Assembleia Geral de Credores, na atual LRF, é um órgão criado para “agir em favor do desenvolvimento do interesse coletivo da *comunhão de credores*” (FRANÇA, Erasmo Valadão Azevedo. e Novaes. Disposições comuns à recuperação judicial e à falência. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.) *et alli*. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 187).

²⁴ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 40.

²⁵ *Ibidem*, p. 38.

²⁶ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Disposições preliminares. In: SOUZA JÚNIOR; PITOMBO, *op. cit.*, p. 68.

sobre o procedimento concursal²⁷. O credores passam, verdadeiramente, “de coadjuvante[s] a protagonista[s] na cena dos regimes da LRF”²⁸.

Essa concessão de posição de tamanho privilégio aos credores também se justifica em razão de estes serem os maiores interessados no êxito do processo, sendo, destarte, os mais indicados para deliberar sobre a viabilidade do plano apresentado pelo devedor²⁹.

E é justamente por isso que a LRF estabeleceu regras jurídicas que impõem a sua participação ativa na reorganização da recuperanda. Trata-se do princípio da participação ativa dos credores, que se justifica na ideia de que estes não devem agir como meros espectadores, sendo legitimados e incentivados a participarem ativamente das etapas do processo concursal, com fins de otimizar os resultados a serem obtidos e impedir eventuais fraudes³⁰.

O princípio da participação ativa liga-se a um outro importante princípio também trazido pelo legislador na LRF, o da autonomia dos credores. Este “parte da premissa de que os credores sabem conhecem, quais são seus interesses e, por isso, as suas deliberações não precisam ser fundamentadas”³¹, conferindo a eles inúmeros poderes, os quais são exercidos, regra geral, segundo a acepção moderna da autonomia privada, que se guia pela autodeterminação conferida aos indivíduos³².

A manifestação deste princípio da autonomia dos credores, conforme leciona Gerson Branco, dá-se de três formas na LRF: (i) pela formação e atuação do Comitê de Credores; (ii)

²⁷ Neste sentido, “[...] a concordata era imposta aos credores após a avaliação judicial acerca do simples cumprimento de certos requisitos legalmente previstos” (SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luiz Felipe. *Objetivos e Princípios da Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. **Revista Síntese Direito Empresarial**, v. 26, 2012, p. 20).

²⁸ *Ibidem*, p. 21.

²⁹ BRASIL. Comissão dos Assuntos Econômicos do Senado. **Parecer nº 534/2004 sobre o PL nº 71, de 2003, da Câmara dos Deputados**. Relator: Senador Ramez Tebet. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>, acesso em 18 de setembro de 2018.

³⁰ MACHADO, Rubens Approbato. Visão Geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que reforma o Decreto-Lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências) e cria o instituto da Recuperação da Empresa. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.) *et alli*. **Comentários à nova lei de falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 26.

³¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O poder dos credores e o poder do juiz na falência e recuperação judicial. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 936, pp. 43-67, out/2013, p.45.

³² Segundo Judith Martins-Costa, no âmbito do Direito das Obrigações, substituiu-se a noção de “autonomia da vontade” pela de “autonomia privada”: “[j]á não mais se trata da velha noção de ‘autonomia da vontade’ porque se ata a noção de autonomia não ao ‘querer individual’ ou livre arbítrio, mas ao reconhecimento do direito ao *livre desenvolvimento da personalidade*, que se exerce, em larga medida, na vida comunitária, constituindo, por isto, um ‘*autonomia solidária*’” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Volume 25, 2. semestre 2003, pp. 229-284. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, 2003, pp. 236-237).

pela atuação individual dos credores; e (iii) pela caracterização da AGC como fórum das decisões mais importantes sobre a recuperação judicial³³.

A primeira forma de expressão da autonomia dos credores dá-se pela atuação do Comitê de Credores, que é constituído nos termos do art. 26 e que se trata de uma das inovações da LRF. A este órgão incumbe a fiscalização das atividades tanto do devedor quanto do administrador judicial e da execução do plano, além de comunicar o juiz sobre acontecimentos que possam significar a violação de seus interesses³⁴ e de deliberar sobre a eventual convocação da AGC.

O segundo modo pelo qual a autonomia é expressa pelos credores é por meio de sua atuação individual – mesmo que inseridos em uma coletividade, é impossível desconsiderar a figura do credor como indispensável à efetivação dos objetivos almejados pela LRF. Trata-se, aqui, do “poder de tomar as medidas satisfatórias à realização dos seus interesses”³⁵, tais como o poder de requerer a instalação da assembleia, nos termos do art. 36 da LRF³⁶.

Por fim, a terceira forma de atuação e exercício de poderes pelos credores – e que representa o ponto máximo da eficácia do princípio da participação ativa³⁷ – dá-se na AGC, na qual restou consagrado o seu grande poder decisório.

Antes de ser uma inovação do legislador na LRF, a AGC já era figura presente no Decreto-Lei nº 7.661/45, em seus arts. 122 e 123, sendo prevista, naquele, para tratar exclusivamente de questões atinentes à alienação de bens no processo de falência³⁸, assumindo um papel delimitado e secundário³⁹ nos procedimentos regradados pelo decreto.

Com a promulgação da LRF, no entanto, a disciplina ganhou tratamento diverso, tendo suas atribuições consideravelmente ampliadas. Prevista no art. 35 da LRF, em contradição ao previsto na legislação recuperacional anterior, deixou de ser mero veículo para a deliberação

³³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O poder dos credores e o poder do juiz na falência e recuperação judicial. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 936, pp. 43-67, out/2013, pp. 45-47.

³⁴ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. O Plano de Recuperação e o Controle Judicial da Legalidade. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo, vol. 60, pp. 307-322, abr./2013, p. 311.

³⁵ BRANCO, *op. cit.*, p. 47.

³⁶ *Ibidem*, p. 47.

³⁷ BARUFALDI, Wilson Alexandre. **Recuperação judicial: estrutura e aplicação de seus princípios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 86.

³⁸ Em relação às atribuições das assembleias de credores, os regramentos anteriores ao Decreto-Lei nº 7.661/45 – a Lei nº 2.024/1908 e o Decreto nº 5.746/1929 – ofereciam-lhe relevo maior, podendo os credores deliberarem sobre tudo o que entendessem necessário em relação aos interesses da massa. Por isto, diz-se que o Decreto-Lei nº 7.661/45 acabou por nulificar este órgão (VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências, vol. II**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 184).

³⁹ BERTASI, Maria Odete Duque. Administrador Judicial, Comitê de Credores e Assembleia de Credores na Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.) *et alli*. **Comentários à nova lei de falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 137.

do modo como seriam realizados os ativos especificamente na falência, passando a deter competência para decidir as principais questões relativas à recuperação judicial⁴⁰ – principalmente a aprovação, rejeição ou modificação do plano apresentado pelo devedor⁴¹.

Destaca-se que, embora garanta uma efetiva participação dos credores no processo de recuperação judicial, neste, a AGC não tem estabelecimento obrigatório – salvo nas hipóteses de existência de objeção ao plano de recuperação⁴², consoante o art. 56, casos nos quais a sua instauração será indispensável⁴³.

Além disso, também se ressalta que, apesar de a legislação e a jurisprudência incentivarem ao máximo a efetivação dos princípios da participação ativa e da autonomia dos credores, na prática, estes ainda se mostram longe de serem plenamente concretizados, haja vista o alto grau de absenteísmo assemblear⁴⁴ por aqueles que são os próprios interessados na recuperação judicial. Assim, estes princípios emergem também com uma natureza de ônus jurídico, haja vista que, para que vejam seus direitos tutelados da forma mais eficiente possível no processo recuperacional, os credores devem negociar no processo, devem comparecer às assembleias, e também realizar todos os demais atos aos quais são legitimados – diz-se ônus porque a participação ativa demanda tempo e dispêndio de valores com advogados, sendo por isso que muitos credores preferem manter uma conduta de indiferença, apenas torcendo para que o crédito seja, ao final, pago.

Esta questão do absenteísmo levanta grande preocupação, porquanto pode significar, ao fim do processo, que o plano de recuperação aprovado não demonstra efetivamente o interesse

⁴⁰ As suas atribuições, definidas no art. 35, consistem em deliberar sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial; constituir o Comitê de Credores, bem como escolher seus membros e sua substituição; deliberar sobre o pedido de desistência do devedor após o deferimento do processamento do plano de recuperação judicial; deliberar sobre o gestor judicial no caso de afastamento do devedor; e, ainda, deliberar sobre quaisquer outras matérias que possam afetar os interesses dos credores.

⁴¹ BERTASI, Maria Odete Duque. Administrador Judicial, Comitê de Credores e Assembleia de Credores na Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.) *et alli*. **Comentários à nova lei de falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 139.

⁴² A objeção apresentada ao plano proposto pelo devedor conduz a uma manifestação expressa sobre ele: “os credores irão manifestar-se a respeito do plano de modo expresso ou tácito. Tacitamente, se não tiverem exprimido qualquer objeção ao plano, caso em que a assembleia sequer será convocada para esse fim. E, de modo expresso, por meio da assembleia geral de credores” (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. O Plano de Recuperação e o Controle Judicial da Legalidade. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo, vol. 60, pp. 307-322, abr./2013, p. 311).

⁴³ LOBO, Jorge. Da Assembleia-Geral de Credores. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.) *et alli*. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 86-87.

⁴⁴ Álvaro Mariano caracteriza o absenteísmo nas assembleias de sociedades anônimas como a “ausência dos acionistas às assembleias gerais, mas que, como fenômeno, abrange uma realidade ainda mais ampla, consistente na indiferença dos acionistas quanto aos negócios sociais” (MARIANO, Álvaro A. C. **Abuso de Voto na Recuperação Judicial**. 2012. 326F. Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012, p. 83).

de todos os credores – mas somente daqueles que exerceram as prerrogativas que a legislação lhes conferiu.

De qualquer modo, este fenômeno da inação não modifica o escopo da previsão da AGC na legislação: a de outorgar aos credores uma ativa participação no processo recuperacional, proporcionada por inúmeros mecanismos de atuação, desde a aferição da viabilidade da continuidade da empresa em crise, até as formas alternativas de liquidação dos bens do devedor.

Assim, nasce o novo modelo de AGC, revestido tanto de uma natureza deliberativa, ante o seu fim de examinar, discutir e decidir os assuntos previstos na legislação, quanto de uma natureza de exercício de poder⁴⁵, na medida em que se projeta como o local em que os credores manifestarão o seu interesse.

Esta concessão do poder de decisão⁴⁶, por maioria, aos credores, para além disso, encontra fundamento também na sua submissão compulsória à recuperação judicial⁴⁷. Já que estão obrigados a submeter seus créditos à ação única ajuizada em face do devedor, nada mais natural que lhes fosse concedida parcela de poder acerca das decisões diretamente ligadas à satisfação de seus créditos e, conseqüentemente, ao destino do devedor. Conforme ensina Camiña Moreira:

A vontade dos agentes econômicos envolvidos nesse diálogo é preponderante; ainda aqui, no processo judicial, a lei entregou a solução da crise da empresa à vontade geral recolhida de modo formal no encontro dos credores.⁴⁸

Em outras palavras, se, por um lado, os credores estão submetidos ao procedimento concursal (pelo menos em regra, já que não se olvida a existência de créditos extraconcursais), por outro, já que são os agentes economicamente afetados pelo processo, a eles é que deve caber o verdadeiro poder decisório⁴⁹.

⁴⁵ SADDI, Jairo. Considerações sobre o Comitê e a Assembleia de Credores. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) *et ali. Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 203.

⁴⁶ Essa decisão, a ser tomada na AGC, será composta pelos votos dos credores concursais aptos à deliberação, nos termos da LRF (arts. 39, 43 e 45), votos esses que refletirão, ao fim, pura e simplesmente o interesse individual legítimo de cada um deles na aprovação, ou não, do plano conforme proposto pelo devedor (SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos Credores na Aprovação do Plano de Recuperação Judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Tavares (co-ords.) *et alli. Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 110).

⁴⁷ *Ibidem*, p. 108.

⁴⁸ MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público. In: PAIVA, *op. cit.*, p. 250.

⁴⁹ OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. **Limites da Autonomia dos credores na recuperação de empresa insolvente**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 20.

Destarte, em que pese os credores serem estimulados pela lei, qualquer que seja o valor de seu crédito, a participarem ativamente do processo de recuperação⁵⁰, detendo ampla autonomia para tanto, não se pode olvidar que estão inseridos em uma comunhão de interesses com os demais credores, o que pode, por vezes, limitar a autonomia no exercício dos poderes que lhes são conferidos.

1.3 Os limites ao exercício do direito de voto

A LRF, ao tratar sobre a AGC, clarifica como se dá o exercício do direito de voto dos credores. Regra geral, confere-se direito de voto aos credores arrolados no quadro geral de credores, nos termos do art. 39, direito este que é exercido nas classes elencadas no art. 41: trabalhadores, credores com garantia real, quirografários e microempresas ou empresas de pequeno porte.

Ainda, dispõe que, para que haja a aprovação do plano de recuperação, ele deve ser aprovado em todas as classes referidas, devendo, também, dentro de cada uma das classes, ser aprovado pela maioria simples dos credores, nos termos do art. 45⁵¹.

Assim, visualizando a posição dos credores na recuperação judicial por outro ângulo, tem-se que a sua inserção dentro de uma coletividade faz com que cada um deles possa impor sua vontade aos demais⁵², formando relações de intersubjetividade ou de transubjetividade⁵³, o que, por sua vez, justifica a existência de limites ético-jurídicos à autonomia privada quando se fala da persecução de interesses individuais.

Frisa-se que, embora se presuma que os credores exercerão os poderes que lhes são conferidos através de condutas cooperativas, que são economicamente mais benéficas a eles⁵⁴, a existência de limitações, longe de se configurar obstrução desproporcional a estes poderes,

⁵⁰ LOBO, Jorge. Da Assembleia-Geral de Credores. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.) *et alli*. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 85.

⁵¹ Consoante o art. 45, deve haver a aprovação pela maioria simples dos credores presentes na AGC, independentemente do valor de seu crédito, nas classes dos trabalhadores e das micro e pequenas empresas; já nas classes dos credores com garantia real e dos quirografários, a aprovação deve se dar pela maioria simples dos credores que representem mais da metade do valor dos créditos presentes na AGC.

⁵² BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 47.

⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Volume 25, 2. semestre 2003, pp. 229-284. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, 2003, p. 238.

⁵⁴ SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luiz Felipe. Objetivos e Princípios da Lei de Falências e Recuperação de Empresas. **Revista Síntese Direito Empresarial**, v. 26, 2012, p. 21.

tem como escopo reprimir eventual guerra de egos, situação que poderia resultar em abusos de direito de voto, até mesmo com a aprovação de planos inexecutáveis⁵⁵.

Dito isto, destaca-se também que essa limitação à atuação livre dos credores na recuperação judicial emerge, principalmente, quando estes são chamados a se reunir para expressar seus interesses, isto é, na AGC⁵⁶. Isto porque este é o momento em que a conexão entre os integrantes da coletividade fica mais evidenciada, tornando-se cristalino que a manifestação de vontade de um deles repercute profundamente na esfera jurídica dos demais.

Por estas razões, cenário ideal se configuraria se a LRF versasse sobre os limites que circundam o exercício do direito de voto dos credores quando dispõe sobre a AGC. Entretanto, excluiu esta matéria de suas disposições, apesar de trazer uma série de regramentos sobre o direito de voto dos credores, estabelecendo, por exemplo, o valor de cada um dos votos e até mesmo quais credores não detêm direito de voto.

A ausência de disposição específica pela legislação faz com que o conteúdo de um voto abusivo seja de complexa delimitação⁵⁷, devendo-se buscar sua definição a partir da regra geral do Direito Privado⁵⁸. Adotando esta regra geral, possível qualificar o exercício abusivo do direito de voto a partir do fundamento dogmático estampado no art. 187 da Parte Geral do CC, que “é aplicável ao exercício de todas as posições jurídicas subjetivas e também ao exercício do direito de voto em qualquer deliberação”⁵⁹ – a adoção deste fundamento normativo será melhor analisada *infra*, no Segundo Capítulo (item 2.2).

⁵⁵ OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. **Limites da Autonomia dos credores na recuperação de empresa insolvente**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 81.

⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 130.

⁵⁷ Para Luiz Fernando Valente de Paiva, a timidez da LRF em relação ao abuso de direito, ao não fixar parâmetros claros par a determinação de situações em que este se configura, possibilita uma maior subjetividade quando da análise do caso concreto, abrindo espaço a decisões diversas para casos similares, consequentemente abalando a segurança jurídica dos interessados (PAIVA, Luiz Fernando Valente de. *Necessárias Alterações no Sistema Falimentar Brasileiro*. In: CERREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coords.). **Dez Anos da Lei nº 11.101/2005 – Estudo sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015, pp. 152-153).

⁵⁸ A aplicação do regramento de Direito Privado ao âmbito do microsistema da LRF, no entanto, deve levar em conta que os interesses jurídicos que se visa tutelar não são necessariamente coincidentes com os tutelados no Direito Civil, de modo que necessária se faz uma análise acerca dos critérios adotados pela norma a ser aplicada, a fim de melhor compatibilizar os elementos dos institutos. Para Feijó, “[é] o conjunto de elementos de ordem histórica, social, valorativa e normativa que confere um conteúdo preceptivo diferenciado à adequada aplicação controle do exercício do direito de voto na recuperação judicial” (FEIJÓ, Guilherme Queirolo. **Fundamentos e contornos dogmáticos do controle judicial do exercício do direito de voto no processo de recuperação judicial**. 2018. 206f. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 108).

⁵⁹ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 63.

A partir deste dispositivo, que qualifica o abuso de direito como um ilícito objetivo e o delimita a partir de um exercício manifestamente excessivo dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, verifica-se que restará configurado o abuso quando um indivíduo realizar o conteúdo material de um direito de um modo distorcido ou estranho daquele previsto – explícita ou implicitamente – pelo ordenamento jurídico⁶⁰. Deste maneira, estaria configurado o abuso quando o credor exercer seu direito “com outra finalidade que não a de maximizar seus legítimos interesses abarcados pelo procedimento recuperatório”⁶¹, isto é, sem estar o voto voltado ao melhor modo de perceber os direitos de crédito. Isso porque o direito de voto a ser exercido pelos credores é limitado pelos fins social e econômico, pela boa-fé e pelos bons costumes⁶².

A jurisprudência pátria especializada, desde os primórdios do delineamento das hipóteses de voto abusivo por credores em recuperação judicial, reconhece a aplicação do art. 187 do CC como fundamento para o reconhecimento do voto abusivo na AGC de recuperação judicial. A título exemplificativo, no caso da recuperação judicial da empresa Ótica Voluntários Ltda., o relator, Des. José Reynaldo, em seu voto, referiu que o “direito de voto a ser exercido pelos credores não pode ultrapassar o limite imposto pelos fins social, econômico, a boa-fé ou os bons costumes”, nos termos do art. 187 do CC, sob pena de caracterizar abuso de direito⁶³.

Apesar de muitas vezes ser adotado o fundamento da regra geral do abuso do direito no ordenamento brasileiro, essa definição, sem sombra de dúvidas, é um tanto quanto genérica, visto que permite a inserção de uma série de cenários distintos dentre o seu rol de possibilidades.

De fato, delinear os limites específicos ao exercício do direito de voto é trabalho sobre o qual a doutrina se debruça genericamente, tendo em vista a generalidade dos limites reconhecidos - tais como o respeito à boa-fé objetiva e ao dever de lealdade, os quais serão aprofundados adiante –, bem como que somente uma análise casuística pode determinar especificamente o conteúdo de um voto abusivo.

⁶⁰ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Diretrizes teórico-dogmáticas para a interpretação e aplicação do artigo 187 do Código civil – Renovação e Possibilidades da teoria do Abuso do Direito no Brasil**. 2007, 126f. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p. 51.

⁶¹ PIMENTA, Eduardo Goulart. Os limites jurisdicionais do direito de voto em recuperação de empresas. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 18, nº 1, jan./abr., 2013. Itajaí: Editora da UNIVALI. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v18n1.p151-161>>, acesso em 10 de outubro de 2018, p. 155.

⁶² BRASIL. Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba/PR. Processo de Recuperação Judicial nº 2848-10.2016.8.16.0185. Autor: Construtora Cobec Ltda. Juíza: Dyele Denardin Zydek. Decisão proferida em: 22.08.2017. Disponibilizada em: 24.08.2017.

⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0099076-46.2013.8.26.0000. Agravante: Banco Bradesco S.A. Agravada: Óticas Voluntários Ltda. (em Recuperação Judicial). Relator: Des. José Reynaldo. Julgado em: 03.02.2014. Disponibilizado em: 06.02.2014.

Desta forma, uma análise específica e concreta dos limites impostos à autonomia dos credores será feita *infra*, delimitando as situações em que estes limites são violados, fazendo surgir as hipóteses em que resta caracterizado o abuso do direito de voto pelos credores na AGC.

1.4 A soberania das decisões assembleares

Impreterível analisar, ainda, a questão sobre os limites da soberania das decisões tomadas na AGC, haja vista ser nesta ocasião que os credores exercem amplamente a autonomia que lhes é conferida pela lei, além de ser o momento em que pode restar configurado o abuso do direito de voto, objeto do presente trabalho.

As deliberações da AGC, na medida em que são tomadas pela maioria, representando a vontade da comunhão dos credores, no limite de suas atribuições⁶⁴, são vinculativas, subordinando não somente o devedor, mas também os credores que votaram a favor, os que foram contrários à maioria, os que se abstiveram e os ausentes⁶⁵ – é o que prevê o art. 59 da LRF.

Deste modo, a AGC acaba por se qualificar como um verdadeiro órgão da ação de recuperação judicial⁶⁶, concretizando um dos objetivos do procedimento: o da criação de um ambiente favorável de negociação entre credores e devedor⁶⁷.

E é justamente por esta razão que o art. 58 da LRF estabelece que o juiz concederá a recuperação judicial desde que cumpridas as exigências legais e aprovado o plano pelos credores na AGC⁶⁸. Isto é, o art. 58 garante caráter de soberania⁶⁹ à decisão assemblear, não podendo esta, regra geral, sofrer quaisquer alterações ou ser questionada pelo Judiciário.

⁶⁴ PICOLO, Ângelo Antonio. **Natureza e Limites do Plano de Recuperação de Empresas (aspectos jurídicos e econômicos)**. 2012. 182f. Tese de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 130.

⁶⁵ “A importância da disciplina das assembleias-gerais reside no fato de que deliberações colegiadas tomadas de acordo com as normas previstas vinculam todos os membros do grupo, inclusive os ausentes e os dissidentes, porque o princípio informado das assembleias-gerais, o da maioria [...], atende melhor que a unanimidade ao equacionamento de situações em que interesses diversos estão em jogo” (SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembleias de credores na lei de recuperação de empresas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Editora Malheiros, ano XLIV, nº 138, pp. 53-70, abril/junho de 2005, p. 57).

⁶⁶ LOBO, Jorge. Da Assembleia Geral de Credores. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.) *et alli*. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.143.

⁶⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 243.

⁶⁸ Fala-se da hipótese de aprovação do plano pela AGC, entretanto, não se olvida a possibilidade do *cram down* brasileiro, prevista no art. 58, §1º, da LRF.

⁶⁹ Esta soberania, inclusive, é a característica que acaba por qualificar a AGC como um órgão essencial da recuperação judicial, e não como ato processual, como poderia ser pensado (LOBO, *op. cit.*, *loc. cit.*).

Em outras palavras, incumbe à AGC, vez que munida das informações sobre a situação econômica e financeira do devedor e do plano apresentado, o poder decisório acerca da eficiência do instituto da recuperação judicial para a tutela de seus interesses⁷⁰.

Quanto ao papel da atividade jurisdicional no caso da recuperação judicial, Camiña Moreira afirma que “[o] pronunciamento judicial, seja na hipótese de aceitação do plano, seja na hipótese de rejeição do plano, é meramente homologatório [...] a atividade jurisdicional é a homologação⁷¹ da vontade dos credores e do devedor”⁷².

No entanto, em que pese o art. 58 trazer a soberania das decisões assembleares como sendo a regra geral do procedimento recuperacional, existem situações em que é permitido um controle *a posteriori* pelo magistrado, com fins estritos de controle de legalidade do ato. A possibilidade de interferência do judiciário se configura apenas em situações excepcionais – traz-se como exemplo o caso do *cram down*⁷³ do art. 58, §1º, ou o caso da demonstração de abuso do direito de voto por credor que tenha, injustificadamente, rejeitado o plano apresentado

⁷⁰ PIMENTA, Eduardo Goulart. Os limites jurisdicionais do direito de voto em recuperação de empresas. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 18, nº 1, jan./abr., 2013. Itajaí: Editora da UNIVALI. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v18n1.p151-161>>, acesso em 10 de outubro de 2018, p. 155.

⁷¹ Há, no entanto, doutrina que discorda do caráter meramente homologatório da atividade jurisdicional. Para Batista, Campana Filho, Miyazaki e Cerezetti, deve-se “conferir ao juiz a possibilidade de não homologar um plano de recuperação que prejudique injustamente credores minoritários, de forma a respeitar todos os interesses envolvidos na recuperação judicial, conforme o disposto no art. 47 da LRE”. Para estes autores, a possibilidade de análise judicial do plano deve ser dada a partir do estabelecimento de critérios para uma atuação balizada do magistrado, com fins de manutenção, também, da segurança jurídica. Neste sentido, seria possibilitado ao juiz não homologar o plano, mesmo que aprovado na AGC, quando não prever uma situação melhor aos credores do que aquela que enfrentariam se houvesse a falência da empresa (*best interest of creditors test*) e quando não observar o tratamento igualitário dos credores de uma mesma classe (*unfair discrimination*) (BATISTA, Carolina Soares João; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando; MIYAZAKI, Renata Yumi, *et alli*. A prevalência da vontade da Assembleia-geral de credores em questão: o *Cram Down* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes. **Revistas de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Editora Malheiros, ano XLV, nº 143, pp. 202-242, julho/setembro de 2006, pp. 227-230).

⁷² MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) *et ali*. **Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 252.

⁷³ Mesmo nas hipóteses *cram down* brasileiro, Scalzilli, Spinelli e Tellechea destacam que o princípio, referido supra, da participação ativa dos credores deve ser aplicado: “nas hipóteses de *cram down* (seja na recuperação judicial, seja na recuperação extrajudicial), situação em que o plano é imposto à minoria dissidente, a adesão dos credores é relevante, pois, ainda assim, um número mínimo de créditos deve tê-lo aprovado para que seja imposto [...]. A fórmula do ‘*cram down* à brasileira’ nada mais é do que um rebaixamento do quórum de aprovação pelo juiz à luz da verificação, no caso concreto, da função social da empresa – não significa, em hipótese alguma, a desconsideração total da vontade dos credores” (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na lei 11.101/2005**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 92).

pelo devedor⁷⁴ -, isto porque a LRF prestigiou a negociação realizada livremente entre credores e devedor.

Ou seja, em havendo sido atendidos todos os requisitos legais acerca da forma e do conteúdo do plano de recuperação, os quais se encontram previstos nos arts. 53 e 54 da LRF, caberá aos credores analisar, reunidos oportunamente na AGC, a sua viabilidade⁷⁵ e o seu cabimento, bem como julgar eventuais oposições a ele.

E, para além disso, em havendo os credores aprovado o plano, nos termos do art. 58 da LRF, não é facultado ao magistrado se imiscuir no mérito dos meios de recuperação a serem empregados ou até mesmo da viabilidade econômica do plano.

Neste sentido, visando exatamente a limitar o controle judicial da deliberação da AGC apenas ao controle de legalidade do plano de recuperação⁷⁶, a I Jornada de Direito Comercial do CJF/STJ aprovou os Enunciados 44 e 46:

Enunciado 44: a homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle de legalidade.

Enunciado 46: não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.⁷⁷

Verifica-se que há uma diminuição dos poderes do juiz na etapa da recuperação⁷⁸, garantindo-se uma maior atribuição de poderes aos credores e uma maior facilidade de negociação do devedor com estes, sem eventuais obstaculizações indevidas pelo Judiciário.

Assim, o meio de atuação que cabe ao Judiciário, no que diz respeito às decisões da AGC, limita-se ao exercício necessário e obrigatório do controle de legalidade formal e material ou substancial do ato:

Ao magistrado não é – e não deve ser – dado o direito de voto sobre a aprovação ou rejeição do plano de recuperação, uma vez que não pode ele suprimir a vontade daqueles que diretamente têm interesses tuteláveis relacionados ao organismo empresarial em crise [...] ao poder Judiciário cumpre, no processo recuperatório, zelar pela

⁷⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 243.

⁷⁵ Conforme pontua Sheila Cristina Cerezetti, não se deve olvidar que o a recuperação judicial é instituto que se destina à tutela de empresas viáveis, e que esta viabilidade é averiguada pelos credores (CEREZETTI, Sheila Cristina Neder. **A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações – O princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 298).

⁷⁶ COELHO, *op. cit.*, p. 244.

⁷⁷ Neste sentido, também, o Enunciado nº 1 da Edição nº 37: Recuperação Judicial II, da Jurisprudência em Teses do STJ: “embora o Juiz não possa analisar os aspectos da viabilidade econômica da empresa, tem ele o dever de velar pela legalidade do plano de recuperação judicial, de modo a evitar que os credores aprovelem pontos que estejam em desacordo com as normas legais”. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>, acesso em: 18 de setembro de 2018.

⁷⁸ BOLCHI, Osvaldo Anicetto. Apresentação. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.) *et alli*. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 17.

aplicação integral das regras legais viabilizadoras da negociação – quem está legitimado a participar, em que condições, etc. – e dos demais aspectos procedimentais.⁷⁹

Quanto ao controle de legalidade formal, este consiste na análise de questões como a legitimidade ativa; o preenchimento dos requisitos do art. 48 da LRF quando a recuperação for requerida pelo devedor; a observância do cumprimento das formalidades legais em relação à publicação de editais; etc.⁸⁰

Já o segundo, o controle da legalidade material ou substancial, consiste na análise de questões como a realização de acordo contrários à lei, à boa-fé objetiva ou ao interesse público; além do repúdio à ocorrência de fraudes à lei ou de abuso de direito (tanto por parte do devedor quanto dos credores)⁸¹.

Vale ressaltar que seja qual for a modalidade de controle de legalidade exercida pelo magistrado – formal ou material –, o pronunciamento por meio do qual este é feito deve ser, nas palavras de Borges Filho, “objetivo e minucioso nas razões de decidir [...], de modo a balizar os limites em que, em operações futuras, os agentes do mercado deverão se nortear para terem maior segurança jurídica”⁸². Isto é, recairá sobre o magistrado a necessidade de fundamentar a sua decisão, elencando os elementos objetivos que o levaram a intervir na decisão assemblear, com fundamento em legalidade e/ou abuso de direito⁸³.

E é exatamente quanto à configuração de abuso de direito quando do exercício de voto de um credor na AGC que se debruça o presente trabalho, sendo analisadas, nos capítulos seguintes, as características que levam ao reconhecimento desta abusividade e, conseqüente, ao controle da legalidade do plano pelo Judiciário.

⁷⁹ PIMENTA, Eduardo Goulart. Os limites jurisdicionais do direito de voto em recuperação de empresas. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 18, nº 1, jan./abr., 2013. Itajaí: Editora da UNIVALI. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v18n1.p151-161>>, acesso em 10 de outubro de 2018, p. 155.

⁸⁰ LOBO, Jorge. Da Assembleia-Geral de Credores. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.) *et alli*. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 154.

⁸¹ *Ibidem*, p. 154.

⁸² BORGES FILHO, Daltro de Campos. A Eficiência da Lei 11.101 e os enunciados 44, 45 e 46 da 1.ª Jornada de Direito Comercial. In: MOREIRA, Alberto Camiña. Abuso do credor e do devedor na recuperação judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coords.). **Dez Anos da Lei nº 11.101/2005 – Estudo sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015, pp. 259-260.

⁸³ MOREIRA, Alberto Camiña. Abuso do credor e do devedor na recuperação judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coords.). **Dez Anos da Lei nº 11.101/2005 – Estudo sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 190.

2 OS PARÂMETROS PARA O RECONHECIMENTO DO VOTO ABUSIVO EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.101/2005

A legislação recuperacional brasileira, haja vista estabelecer um foro único para a negociação entre credores e devedor, concede alguns poderes negociais aos credores. No entanto, em que pese conferir tais poderes, certo é que estes sofrem limitações externas, ante a necessidade de evitar que o procedimento concursal se transforme em uma disputa desregrada entre os credores. A não observância destes limites à autonomia privada dá origem, ao fim, às hipóteses que se consagraram como de abuso do direito de voto.

No que diz respeito ao exercício do direito de voto na AGC, a “principal ferramenta à disposição do credor para tutelar seu crédito”⁸⁴, como dito, a LRF omitiu-se quanto à delimitação de quais são os limites que devem ser observados pelos credores, deixando a aferição dos parâmetros a serem adotados para reconhecer um determinado voto como abusivo a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Em que pese isto, sejam quais forem os parâmetros adotados, certo é que o voto considerado abusivo pode ser desconsiderado pelo juízo recuperacional – este entendimento é exposto, inclusive, no Enunciado nº 45 da I Jornada de Direito Comercial do CJF/STJ⁸⁵ -, o que pode implicar na não homologação do plano e na consequente decretação de falência da empresa.

No âmbito dogmático, os argumentos adotados como justificadores da abusividade de um voto são os mais variados. Tais argumentos, no entanto, elencados conjuntamente a uma análise casuística, permitem uma sistematização de seus fundamentos, levando-se em consideração o conteúdo concreto dos votos analisados.

Para tanto, fez-se análise de julgados encontrados em Tribunais pátrios especificamente sobre os abusos perpetrados sobre os credores quando do exercício de seu direito de voto. Os casos encontrados foram analisados à luz dos ensinamentos doutrinários sobre o mesmo tema, resultando na sua organização de acordo com os argumentos que se verificou serem mais recorrentes.

Assim, nos próximos itens serão expostas as análises, em separado, sobre cada um dos grupos de argumentos que mais são utilizados jurisprudencialmente como parâmetro para o

⁸⁴ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na lei 11.101/2005**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 403.

⁸⁵ Enunciado nº 45: “O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito.”

reconhecimento do exercício abusivo do direito de voto pode um credor âmbito das AGC de recuperações judiciais. São os grupos formados: (i) o do voto abusivo por inobservância da função social e da preservação da empresa em recuperação; (ii) o do voto abusivo por inobservância da boa-fé em relação à empresa em recuperação; e, por fim, (iii) o do voto abusivo por inobservância do dever de lealdade para com os demais credores submetidos à recuperação judicial.

2.1 Voto abusivo por inobservância da função social e da preservação da empresa em recuperação

O processo de recuperação judicial previsto na LRF tem como fundamento uma série de objetivos, os quais, por vezes, podem parecer conflitantes⁸⁶ – isto porque a “a lei brasileira adota vetor principiológico que [...] busca a promoção de interesses de diversas partes afetadas pela crise”⁸⁷ –, mas que se voltam ao mesmo escopo: sanear a crise econômico-financeira e patrimonial da empresa⁸⁸, evitando que esta acarrete na falência do devedor⁸⁹. Tais objetivos, em que pese poderem ser aduzidos de diversos dispositivos constantes da LRF, estão estampados, sobretudo, em seu art. 47⁹⁰:

⁸⁶ Nas palavras de Eduardo Pimenta, ao referir o objetivo de viabilizar a preservação da empresa em contrapartida ao objetivo de tutelar os interesses dos credores, trata-se de “objetivos que, embora a princípio contrapostos, não de ser conciliados na interpretação e na aplicação do instituto da recuperação de empresas” (PIMENTA, Eduardo Goulart. Os limites jurisdicionais do direito de voto em recuperação de empresas. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 18, nº 1, jan./abr., 2013. Itajaí: Editora da UNIVALI. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v18n1.p151-161>>, acesso em 10 de outubro de 2018, p. 155).

⁸⁷ Buschinelli, utilizando-se da expressão adotada por Vanessa Finch, refere que a LRF detém postura que pode ser chamada de “ecletismo valorativo” (BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 69-71).

⁸⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 161.

⁸⁹ Não é somente o devedor que teme a convocação da recuperação judicial em falência. Também os credores – pelo menos a maioria deles – têm amis interesse na concessão da recuperação judicial, porquanto esta é a melhor chance que têm de receber seus créditos (OLIVEIRA FILHO, João Glicério de; MOREIRA, Marcus Borel Silva. A boa fé objetiva nos planos de recuperação judicial/ *The objective good Faith in judicial recovery plan*. In: VII Encontro Internacional Do CONPEDI/Braga – Portugal. 2017, Braga, Portugal. **Anais de Direito Empresarial**. Florianópolis: COPENDI, 2017, pp. 15-16).

⁹⁰ Segundo Camiña Moreira, “[o] artigo 47 é norma-objetivo, isto é, aquela que tem a finalidade de ‘fixar objetivos’ a serem alcançados”, de modo que “todos os demais dispositivos devem ser interpretados a partir de sua moldura” (MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da Assembleia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) *et ali*. **Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 265-266).

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.⁹¹

Da leitura do dispositivo colacionado, resta evidente que, não obstante a essencialidade da persecução dos demais objetivos elencados, a preservação da atividade da empresa em crise é o princípio basilar do subsistema criado pela LRF, porquanto os interesses de inúmeros agentes sociais a ela se direcionam⁹².

O entendimento exarado pelo legislador foi bem recepcionado pela jurisprudência, sendo retratado em inúmeros acórdãos e decisões monocráticas do STJ, ensejando, inclusive, a criação do Enunciado nº 1 da Edição nº 35: Recuperação Judicial – I, da Jurisprudência em Teses do STJ: “A recuperação judicial é norteada pelos princípios da preservação da empresa, da função social e do estímulo à atividade econômica, a teor do art. 47 da Lei n. 11.101/2005”⁹³.

A necessidade de preservação da empresa, por sua vez, está ligada à importantíssima função social que ela cumpre⁹⁴: beneficia a sociedade por se mostrar responsável pela manutenção dos postos de trabalho, pela geração de renda e pelo desenvolvimento tecnológico do país⁹⁵:

Ao explorar sua atividade, promove interações econômicas com outras empresas, movimentando a economia; compra, vende, paga salários e tributos, ajudando no desenvolvimento da comunidade em que está inserida; cria e, ao seu modo, distribui riqueza. É exatamente assim que a empresa cumpre função social.⁹⁶

Diante disto, preservar a empresa nada mais é do que manter viva a atividade da unidade econômica⁹⁷, de modo que este princípio preza a essencialidade da máxima manutenção da partícula que está no cerne da economia de mercado.

⁹¹ A redação original aprovada na Câmara dos Deputados: “A recuperação judicial é a ação judicial destinada a sanear a situação de crise econômico-financeira do devedor, salvaguardando a manutenção da fonte produtora, do emprego de seus trabalhadores e os interesses dos credores, viabilizando, dessa forma, a realização da função social da empresa”.

⁹² SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luiz Felipe. Objetivos e Princípios da Lei de Falências e Recuperação de Empresas. **Revista Síntese Direito Empresarial**, v. 26, 2012, p. 16.

⁹³ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**. Edição nº 35: Recuperação Judicial -I. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>, acesso em 18 de setembro de 2018.

⁹⁴ “[O] fim da empresa é o de proporcionar benefícios para todos os envolvidos diretamente com a atividade e, ainda, para a coletividade” (FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: COELHO, Fábio Ulhoa; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de (coords. de tomo). Tomo: Direito Comercial. 1ª Ed. **Enciclopédia Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>>, acesso em 18 de setembro de 2018).

⁹⁵ CARVALHO NETO, Frederico Costa; PASSARELI, Rosana. A função social da empresa. **Revista Prisma Jurídico**, vol. 15, nº 02, julho-diciembre. São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2016, pp. 175-199.

⁹⁶ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na lei 11.101/2005**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 83.

⁹⁷ BARUFALDI, Wilson Alexandre. **Recuperação judicial: estrutura e aplicação de seus princípios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 61.

A busca pela sua preservação, portanto, está profundamente relacionada ao fato de que a sua extinção causa extremo impacto para todos atrelados a ela, haja vista representar a perda do agregado econômico composto por seu nome, ponto comercial, reputação, clientela, rede de fornecedores, entre outros⁹⁸, além dos impactos causados ao próprio Fisco, em razão da diminuição na arrecadação de impostos⁹⁹.

Este princípio emerge, em algumas hipóteses, como limite à autonomia dos credores quando do exercício do seu direito de voto, já que a aplicação da LRF visa, principalmente, à superação da crise econômico-financeira do devedor, evitando, conseqüentemente, o término de suas atividades e impedindo a perturbação na ordem econômica da sociedade¹⁰⁰.

Neste sentido, esta lógica da primazia da continuidade da atividade da empresa devedora tem sido adotada pela jurisprudência pátria como o principal parâmetro balizador para a identificação da abusividade no exercício do direito de voto, porquanto é defeso a um credor votar pela rejeição do plano de recuperação judicial apresentado – voto desfavorável que emana a opção do credor pela não continuidade das atividades da empresa devedora, i.e., pela sua não preservação – sem que seja apresentada justificativa relevante para a tomada de decisão. Ou seja, tendo em vista o princípio da preservação da empresa, o voto desfavorável ao plano deve vir acompanhado de argumentos que permitam restringir a sua aplicação no caso concretamente analisado por meio da ponderação com os demais princípios.

Com base nisto, o Des. Cláudio Godoy, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, frisou que a LRF, não obstante preveja a observância de inúmeros princípios, estabelece uma ordem de prioridade entre estes, sendo certo aferir que, dentre todos, o princípio da preservação da empresa é o que deve ser tutelado em primeiro lugar¹⁰¹.

⁹⁸ BRASIL. Comissão dos Assuntos Econômicos do Senado. Parecer nº 534/2004 sobre o PL nº 71, de 2003, da Câmara dos Deputados. Relator: Senador Ramez Tebet. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>, acesso em 18 de setembro de 2018.

⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 005246-37.2017.8.19.0000. Agravante; Banco Volkswagen S.A. Agravada: Disnave Distribuidora de Veículos S.A. Em Recuperação Judicial. Relator: Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes. Julgado em: 03.04.2018. Disponibilizado em: 06.04.2018.

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70074642323. Agravante: Banco do Brasil S/A. Agravados: Varal Cama, Mesa e Banho Ltda. e outros. Relatora: Des^a Lusmary Fatima Turelly da Silva. Julgado em: 29.11.2017, Disponibilizado em 04.12.2017.

¹⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2082159-10.2016.8.26.0000. Agravantes: Itáú Unibanco S/A e Outros. Agravados: Shaim Engenharia e Outros. Relator: Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira. Julgado em: 13.03.2017. Disponibilizado em: 12.04.2017.

Também por isso que entende o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que a manutenção da atividade deve ser almejada por meio de um esforço conjunto da própria empresa e dos credores, na medida em que a satisfação dos créditos é objetivo que sucumbe ao da preservação da empresa quando feita a ponderação entre os princípios¹⁰².

Ainda, em julgado em que se analisava a existência de exercício abusivo do direito de voto pelo credor majoritário da classe de créditos com garantia real, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina reputou como abusivos os votos desfavoráveis, na medida em que contrário ao princípio da preservação da empresa:

O propósito da casa bancária de obter o seu crédito o mais rápido possível, em detrimento da preservação de uma unidade produtora que, a princípio, propicia empregos e estimula a atividade econômica, reflete voto tendencioso e individualista, anotando-se que o recorrido não sustentou que o recebimento do crédito em consonância com o plano poderia acarretar o seu insucesso empresarial.¹⁰³

No caso analisado no processo supramencionado, a instituição financeira, enquanto credora majoritária, votou pela não aprovação do plano de recuperação por entender que as suas condições de pagamento não se mostravam razoáveis (a projeção de recebimento era de dez anos). Quanto a isto, o Tribunal manifestou-se no sentido de que a LRF tem em seu cerne o estabelecimento de condições e prazos diferenciados para o cumprimento das obrigações entabuladas, justamente com fins de permitir a reestruturação do devedor¹⁰⁴.

O argumento, portanto, de que as condições de pagamento não são favoráveis ao credor – sem que este demonstre que tais condições o prejudicarão e sem que tais condições se mostrem manifestamente ilegais – não é o suficiente a justificar o preterimento do princípio da preservação da empresa.

Em outras palavras, na medida em que a empresa qualifica-se como uma das principais fontes de bem-estar social – o que está ligado à sua função social – e que o sua extinção pode impactar profundamente a normalidade da cadeia produtiva à qual está atrelada¹⁰⁵, ela deve ser

¹⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 005246-37.2017.8.19.0000. Agravante; Banco Volkswagen S.A. Agravada: Disnave Distribuidora de Veículos S.A. Em Recuperação Judicial. Relator: Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes. Julgado em: 03.04.2018. Disponibilizado em: 06.04.2018.

¹⁰³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2015.045438-8. Agravante: Metalúrgica Duque S/A (em Recuperação Judicial) e outro. Agravado: Itaú Unibanco S/A. Relator: Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva. Julgado em 18.02.2016.

¹⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2015.045438-8. Agravante: Metalúrgica Duque S/A (em Recuperação Judicial) e outro. Agravado: Itaú Unibanco S/A. Relator: Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva. Julgado em 18.02.2016.

¹⁰⁵ SZTAJN, Rachel. Da Recuperação Judicial. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.) *et alli*. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 223.

preservada tanto quanto for possível, mas em hipótese alguma a sua preservação deve se dar a qualquer custo.

2.1.1 A necessidade de viabilidade da atividade para a aplicação do princípio da preservação da empresa

A caracterização do objetivo de preservação da empresa como princípio, e não como regra¹⁰⁶, é justamente a particularidade primordial que implica na sua não imperatividade automática e absoluta. Ou seja, traz alta carga de valor com fins de guiar a conduta à interpretação da manutenção da empresa enquanto fonte produtiva¹⁰⁷, mas pode sofrer sobreposição de outros princípios em razão da “ponderação de fins”¹⁰⁸, a qual vai ser feita conjuntamente pela AGC e o juiz da causa, quando da análise do plano de recuperação judicial.

Assim, em que pese a LRF prever como o seu objetivo mais fundamental a preservação da empresa, ela não obriga os credores a sempre exercerem seu direito de voto voltados à continuidade da atividade do devedor – caso fosse este o objetivo almejado, o legislador teria simplesmente incumbido o magistrado da decisão de conceder a recuperação judicial, como no antigo regime da concordata¹⁰⁹ -, mas que estes façam uma ponderação sobre qual fim deve ser concretamente buscado, haja vista o regime da LRF elencar uma série de outros objetivos também merecedores de tutela.

Um destes é o da satisfação do interesse dos credores que se encontram unidos em uma comunhão, o qual tem berço no direito obrigacional, originando-se pelo fato de que os negócios

¹⁰⁶ Nas palavras de Ávila, “[a]s regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”, já “[o]s princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 129).

¹⁰⁷ BUSHATSKY, Daniel. Princípio da preservação da empresa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: COELHO, Fábio Ulhoa; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de (coords. de tomo). Tomo: Direito Comercial. 1. Ed. **Enciclopédia Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>>, acesso em 15 de outubro de 2018.

¹⁰⁸ LOBO, Jorge. Da Assembleia Geral de Credores. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.) *et alli*. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.176.

¹⁰⁹ PIMENTA, Eduardo Goulart. Os limites jurisdicionais do direito de voto em recuperação de empresas. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 18, nº 1, jan./abr., 2013. Itajaí: Editora da UNIVALI. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v18n1.p151-161>>, acesso em 10 de outubro de 2018, p. 157.

jurídicos resultam em um vínculo de natureza pessoal entre o credor e o devedor, vínculo este que confere ao primeiro o poder de exigir do segundo uma prestação¹¹⁰. Assim, desde o seu nascimento, os negócios jurídicos direcionam-se ao escopo que lhes dá razão de ser, que é o seu cumprimento, satisfazendo, assim, o interesse do credor, que prevalece sobre o interesse do devedor de exonerar-se da obrigação¹¹¹.

Disto se denota que, buscando honestamente a satisfação de seu crédito, o credor é autorizado a manifestar-se contrariamente à concessão da recuperação, caso reste claro que o seu deferimento irá frustrar a satisfação de seus interesses – impor a preservação da empresa aos credores indiscriminadamente significaria priorizar um determinado objetivo legal sobre outros que são da mesma maneira dignos de tutela¹¹². E, para saber se o princípio da preservação da empresa deve sucumbir ao do interesse dos credores, necessária se faz a análise acerca da viabilidade da atividade empresarial.

Trata-se de um princípio complementar ao da preservação da empresa: o da retirada do mercado da empresa inviável¹¹³, isto porque de nada serve despender esforços com o fim de preservar a empresa em crise sem que fique comprovada a sua possibilidade de superar esta crise e manter a sua atividade em um nível de normalidade¹¹⁴.

A aplicação do princípio da preservação da empresa indiscriminadamente a toda e qualquer empresa que estiver sujeita a procedimento do âmbito da LRF, sem que analisada a sua efetiva capacidade de soerguimento e se está a cumprir com a sua função social, pode ser entendida como uma aplicação “desmedida e generalizada” do instituto, o que é perigoso ao próprio sistema, vez que aumenta os custos sociais e vai de encontro aos demais objetivos perseguidos pela lei¹¹⁵. Além disso, também possibilita a ocorrência de uma inversão inaceitável: a

¹¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 2: Teoria geral das obrigações**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 20.

¹¹¹ COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12ª edição ver. E act. Coimbra: Edições Almedina, 2011, p. 111.

¹¹² BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 71-74.

¹¹³ SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luiz Felipe. Objetivos e Princípios da Lei de Falências e Recuperação de Empresas. **Revista Síntese Direito Empresarial**, v. 26, 2012, p. 19.

¹¹⁴ SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembleias de credores na lei de recuperação de empresas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Editora Malheiros, ano XLIV, nº 138, pp. 53-70, abril/junho de 2005, p. 53.

¹¹⁵ BRASIL. **Comissão dos Assuntos Econômicos do Senado. Parecer nº 534/2004 sobre o PL nº 71, de 2003, da Câmara dos Deputados**. Relator: Senador Ramez Tebet. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>, acesso em 18 de setembro de 2018.

de transferir o risco da atividade do empresário para os seus credores¹¹⁶. Neste sentido, Coelho destaca nem toda a empresa merece ser protegida pelo instituto da recuperação judicial:

Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as *más* empresas devem falir para que as *boas* não se prejudiquem.¹¹⁷

Em termos práticos, o exposto significa dizer que deve ser feito um balanço entre, de um lado, o dispêndio de esforços para preservar uma determinada empresa, e, de outro, a capacidade que esta empresa tem de aproveitar estes esforços e lograr, de fato, se recuperar. Neste sentido, Douglas Baird traz o exemplo de um restaurante especializado em um tipo específico de culinária e que se localiza em um local não muito frequentado¹¹⁸. Refere que, se as pessoas não são atraídas pelo lugar, tampouco pela culinária ofertada, a legislação recuperacional não pode fazer nada para tornar o restaurante um sucesso – isto é, preservá-lo –, não importando se o restaurante tem um ou uma dúzia de credores: se ninguém quer comer no restaurante, a lei recuperacional não pode fazer nada a respeito, sendo melhor alocar os recursos dos eventuais investidores em outro local¹¹⁹.

Deste modo, para que seja aplicável ao caso o princípio da preservação da empresa, esta deve ser econômica e financeiramente viável, com vistas a “permitir a manutenção da fonte produtora, dos empregos gerados e, também, dos interesses dos credores, em claro estímulo à atividade econômica”¹²⁰.

Esta necessidade de aferição está ligada a outra importante premissa da recuperação judicial, a qual se traduz na afirmação de que o valor que os credores vão receber na recuperação deve ser maior do que o que receberiam na falência¹²¹, este é o limite de seu sacrifício.

Diferentemente do Decreto-Lei nº 7.661/45, que previa expressamente como um dos fundamentos para os embargos à concordata que o sacrifício dos credores não poderia ser maior

¹¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 162.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 161-162.

¹¹⁸ BAIRD, Douglas G. *Elements of Bankruptcy*. 6. Ed. Chicago: Foundation Press, 2014, p. 63.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 63.

¹²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0079.12.070441-0/005. Agravante: Art Plásticos Comércio e Indústria de Embalagens Plásticas Ltda. -ME. Relatora: Des^a. Sandra Fonseca. Julgado em: 24.05.2016. Disponibilizado em: 03.06.2016.

¹²¹ MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) *et alii*. **Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 255.

do que o havido na liquidação da empresa, a LRF não dispõe sobre esta possibilidade de se impugnar a recuperação sob a justificativa de que impõe sacrifício exagerado aos credores. Em que pese a ausência de disposição, Paulo Salles de Toledo entende que deve ser adotado o parâmetro objetivo do *best interest of creditors*¹²² para pautar o exercício do direito de voto dos credores, o qual decorre da própria natureza da recuperação, no sentido de que “não podem os credores suportar, na recuperação judicial, um sacrifício maior do que o decorrente da falência”¹²³.

Deste modo, configura justificativa legítima para o voto desfavorável ao plano de recuperação o fato de que ela será menos benéfica aos credores do que a falência da empresa devedora.

A análise da viabilidade da empresa, a seu turno, deve ser feita pelos próprios credores, na medida que são os interessados na existência de negócio saudáveis¹²⁴, devendo ser baseada e fundamentada nos critérios da importância social da empresa, na mão de obra e tecnologia empregadas por ela, no volume do ativo e do passivo, no tempo da empresa e no seu porte econômico¹²⁵. Esta análise se torna imperiosa pois há hipóteses em que o custo mercadológico e social da empresa não são superados pela recuperação judicial¹²⁶.

Foi justamente a não viabilidade econômico financeira da empresa devedora que fundamentou o voto do Des. Hamid Bdine, relator dos Agravos de Instrumento, julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que discutiam a existência de votos abusivos por parte

¹²² A expressão “*the-best-interest-of-creditors*” é adotada no *Bankruptcy Code* americano e significa, justamente, que “cada credor ou detentor de *interest* irá receber sob o plano, no mínimo, o mesmo que seria por ele auferido em caso de liquidação do devedor”, trata-se de uma forma de tutela do credor minoritário (CEREZETTI, Sheila Christina Neder. O papel dos credores no *Bankruptcy Code*. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Editora Malheiros, ano XLVIII, nº 151/152, pp. 164-186, janeiro/dezembro de 2009, p. 177).

¹²³ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. O Plano de Recuperação e o Controle Judicial da Legalidade. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo, vol. 60, pp. 307-322, abr./2013, p. 315.

¹²⁴ SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luiz Felipe. Objetivos e Princípios da Lei de Falências e Recuperação de Empresas. **Revista Síntese Direito Empresarial**, v. 26, 2012, p. 20.

¹²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 180-181.

¹²⁶ “A título de exemplo: (a) exige-se funcionamento por mais de 2 (dois) anos para que a empresa requeira recuperação judicial (art. 48, caput); (b) não seja ela falida ou não tenha obtido o benefício há menos de 5 (cinco) anos (art. 48, incisos I e II); (c) possibilidade de convalidação da recuperação em falência, no caso de descumprimento de obrigação prevista no plano (art. 61, § 1o).” (BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 1.359.311. Recorrente: Braidol-Leme Indústria Química Ltda. Recorrido: Rei Frango Abatedouro Ltda. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 09.09.2014. Disponibilizado em: 30.09.2014).

dos credores que se posicionaram contra a aprovação do plano de recuperação da empresa Cerâmica Gyotoku Ltda., voto que se deu no sentido de inexistir abuso de direito dos credores contrários¹²⁷.

No referido caso, dois credores haviam votado contra o plano de recuperação, sob os argumentos de que a empresa estava inoperante havia mais de três anos; de que o plano se baseava, principalmente, na liquidação de grande parte do ativo; de que a empresa contava com um passivo tributário avolumado; de que houve eventos criminosos na sede da empresa, resultando em significativa diminuição patrimonial; e de que houve venda irregular do patrimônio pela devedora¹²⁸. Entendeu-se que o conjunto fático trazido aos autos do pedido de recuperação, evidenciava que a empresa não se mostrava em condições de atuar livremente no mercado, o que justificou a negativa dos credores, reunidos em AGC, em lhe conceder a recuperação judicial.

Tal decisão da comunhão de credores contou com o aval do Tribunal estadual, que entendeu que estes exerceram legitimamente seu direito de manifestação contrária ao plano. Isto porque, quando os exploradores da atividade econômica não logram gerar riquezas – escopo primordial desta atividade – e “podem prejudicar a oferta de crédito, a segurança e a confiabilidade do tráfico mercantil, devem ser retirados do mercado o mais rápido possível, para o bem da economia como um todo”¹²⁹.

Quanto a esta decisão, cumpre destacar que, em que pese o entendimento do Tribunal, considerando o analisado sobre a soberania das decisões assembleares no capítulo anterior (item 1.4), entende-se que não foi a mais acertada. Isto porque o Tribunal lançou-se à análise do mérito e da viabilidade do plano de recuperação apresentado pela devedora, análise que não lhe é oportunizada pelo texto legal, de modo que extrapolou seus poderes, acabando por decidir sobre questão que estava sujeita estritamente à averiguação dos credores da recuperanda.

¹²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2023163-19.2016.8.26.0000. Agravantes: Vidro Real e Comércio Ltda., e outro. Agravado: Cerâmica Gyotoku Ltda. Relator: Des. Hamid Bdine. Julgado em: 13.07.2016. Disponibilizado em: 21.07.2016; e BRASIL. TJSP. Agravo de Instrumento nº 2022697-25.2016.8.26.0000. Agravante: Cerâmica Gyotoku Ltda. Relator: Des. Hamid Bdine. Julgado em: 13.07.2016. Disponibilizado em: 21.07.2016.

¹²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2023163-19.2016.8.26.0000. Agravantes: Vidro Real e Comércio Ltda., e outro. Agravado: Cerâmica Gyotoku Ltda. Relator: Des. Hamid Bdine. Julgado em: 13.07.2016. Disponibilizado em: 21.07.2016; e BRASIL. TJSP. Agravo de Instrumento nº 2022697-25.2016.8.26.0000. Agravante: Cerâmica Gyotoku Ltda. Relator: Des. Hamid Bdine. Julgado em: 13.07.2016. Disponibilizado em: 21.07.2016.

¹²⁹ SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luiz Felipe. Objetivos e Princípios da Lei de Falências e Recuperação de Empresas. **Revista Síntese Direito Empresarial**, v. 26, 2012, p. 19.

Em caso diverso, envolvendo o pedido de recuperação judicial das empresas pertencentes ao grupo Agreco, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também entendeu, por unanimidade, como não abusivos os votos proferidos por instituições financeiras credoras com garantia real¹³⁰. Neste caso, as empresas haviam requerido a recuperação judicial no ano de 2008, sendo aprovado plano de recuperação em 2009, concedendo a recuperação de forma unificada a todas as empresas integrantes do grupo.

Ocorre que, apesar de os credores inicialmente terem entendido que a crise pela qual as empresas passavam poderia ser solucionada por meio do instituto recuperacional criado pela LRF, as recuperandas não conseguiram se reerguer. Assim, o plano originalmente aprovado contou com diversas modificações, as quais obtiveram o consentimento da maioria dos credores, mas que, ainda assim, não foram suficientes para mudar o cenário avassalador enfrentado pelo grupo: as empresas não voltaram a exercer a atividade empresarial, tampouco adimpliram com as obrigações contraídas em razão do plano de recuperação e de todas as suas posteriores modificações.

Destarte, possível imaginar que a insatisfação dos credores frente aos sucessivos inadimplementos os levou a emitir um voto desfavorável quando foi apresentada nova modificação do plano – cinco anos depois do plano originalmente proposto. Voto este, no entanto, que o Tribunal entendeu como exercido conforme um juízo próprio acerca das necessidades sociais e da viabilidade do plano¹³¹, acolhendo o entendimento que já havia sido exarado pelo magistrado *a quo*:

[...] [O] princípio da preservação da empresa, não absoluto, não deve ser aplicado, sob pena de não se garantir a própria segurança dos demais agentes do mercado. As empresas devem ser extirpadas do mercado para que os recursos e fatores de produção sejam empregados em uma atividade mais útil a todo o sistema.¹³²

Possível verificar, disto, que não obstante a preservação da empresa seja o objetivo primordial a ser almejado quando do exercício do direito de voto pelos credores, não se mostra razoável impor a eles mais do que uma busca honesta e legal pela satisfação de seu crédito, de modo que a preservação da empresa é objetivo a ser visado até o limite da sua viabilidade. Não excedem, portanto, o direito de voto que lhes foi conferido os credores que, ao visualizarem

¹³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0164541-02.2013.8.26.0000. Agravante: Ratre Participações Ltda. Agravadas: Agreco do Brasil S/A e outros. Relator: Des. Fores Barbosa. Julgado em: 06.02.2014. Disponibilizado em: 11.02.2014.

¹³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0164541-02.2013.8.26.0000. Agravante: Ratre Participações Ltda. Agravadas: Agreco do Brasil S/A e outros. Relator: Des. Fores Barbosa. Julgado em: 06.02.2014. Disponibilizado em: 11.02.2014.

¹³² BRASIL. Foro Central Cível da Comarca de São Paulo/SP. Pedido de Recuperação Judicial nº 1116496-62.2018.8.26.0100. Autores: Agreco do Brasil S/A e outros. Julgador: Dr. Marcelo Barbosa Sacramone. Julgado em: 02.08.2013. Disponibilizado em: 14.08.2013.

que a empresa não detém condições de se soerguer, e tampouco de adimplir minimamente suas obrigações, se mostrem contrários à concessão de sua recuperação judicial.

2.2 Voto abusivo por inobservância da boa-fé em relação ao devedor

A definição da natureza jurídica do plano de recuperação judicial é tema que causa grande discordância na doutrina. As concepções adotadas transitam entre prestação jurisdicional do Estado de caráter contratual, em razão da votação do plano na AGC, ou de caráter contencioso, em razão da possibilidade de divergência ao plano¹³³.

Em que pese a existência de certas peculiaridades – vez que o plano é proposto pelo devedor, podendo os credores aderirem sem reservas ou apresentarem objeções, a partir das quais será instaurada a AGC (art. 55) – a natureza de negócio jurídico, concedida pela LRF ao plano de recuperação judicial, não é afastável. Neste sentido, sustenta Mauro Rodrigues Penteado:

Trata-se de negócio jurídico privado, realizado sob supervisão judicial, vinculado ao cumprimento das exigências da nova Lei (art. 58, *caput*, 1.a parte), ou seja, à “forma prescrita ou não defesa em lei” a que se refere o art. 104, inc. III, do CC, dispositivo que inaugura o Título I, Livro III, da Parte Geral, “Do Negócio Jurídico”, no novo sistema de direito privado obrigacional unificado. Uma vez presentes esses requisitos, e havendo consenso entre as partes (aprovação da proposta, tácita ou pela maioria dos credores, em assembléia; concordância do devedor, se for o caso, quanto a modificações que venham a ser contrapropostas ao plano que apresentou), cabe ao juiz apenas “conceder” a recuperação judicial [...].¹³⁴

O caráter negocial do plano é, portanto, verificável pela leitura dos arts. 45, 58 e 59 da LRF, vez que é formado pela declaração de vontade da maioria dos credores concursais¹³⁵ e tem como objeto a “novação dos créditos anteriores ao pedido”¹³⁶.

¹³³ PICOLO, Ângelo Antonio. **Natureza e Limites do Plano de Recuperação de Empresas (aspectos jurídicos e econômicos)**. 2012. 182f. Tese de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 152.

¹³⁴ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Disposições preliminares. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 85.

¹³⁵ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 75.

¹³⁶ Uma das mais distintas peculiaridades do plano de recuperação judicial aqui já é espreitável, haja vista a noção a que se refere a LRF ser totalmente distinta daquela prevista para as obrigações civis: esta ocorre somente com a anuência dos sujeitos participantes da relação obrigacional, aquela, por outro lado, pode restar configurada mesmo quando houver a recusa de alguma das partes envolvidas (OLIVEIRA FILHO, João Glicério de; MOREIRA, Marcus Borel Silva. A boa fé objetiva nos planos de recuperação judicial/ *The objective good Faith in judicial recovery plan*. In: VII Encontro Internacional Do CONPEDI/Braga – Portugal. 2017, Braga, Portugal. **Anais de Direito Empresarial**. Florianópolis: COPENDI, 2017, p. 7).

Em outras palavras, forma-se um negócio jurídico que obriga todo o credor que tenha créditos submetidos ao procedimento concursal, independentemente da manifestação individual de sua vontade¹³⁷, desde que respeitado o *quórum* legal previsto para a aprovação assemblar do plano.

E, em razão deste seu caráter negocial, eventual aceitação ou rejeição do plano perfaz a fase de celebração do contrato¹³⁸, submetendo-o não somente ao regramento previsto na LRF, mas também aos princípios e normas de cunho ético previstos no âmbito do direito obrigacional brasileiro¹³⁹, especialmente o submetendo à probidade e à boa-fé (conforme previsão dos arts. 113, 187 e 422 do CC)¹⁴⁰.

A boa-fé à qual se submete a recuperação judicial é aquela que se denomina de boa-fé objetiva¹⁴¹, ou seja, “enquanto conjunto de regras de conduta socialmente correcta”¹⁴², de modo que se impõe, assim, que os agentes envolvidos – credores e devedor – exerçam suas posições jurídicas sempre por ela pautadas. E este agir pautado pela boa-fé objetiva traduz-se na aceção de que deve ser observado um determinado “*standard* de lisura”¹⁴³, isto é, impõe-se que a atuação das partes nas relações jurídicas guie-se pela correção, probidade, lealdade e honestidade¹⁴⁴.

¹³⁷ OLIVEIRA FILHO, João Glicério de; MOREIRA, Marcus Borel Silva. A boa fé objetiva nos planos de recuperação judicial/ *The objective good Faith in judicial recovery plan*. In: VII Encontro Internacional Do CONPEDI/Braga – Portugal. 2017, Braga, Portugal. **Anais de Direito Empresarial**. Florianópolis: COPENDI, 2017, 7..

¹³⁸ *Ibidem*, p. 7.

¹³⁹ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Disposições preliminares. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101//2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 86.

¹⁴⁰ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p 75.

¹⁴¹ “A doutrina [...] sustenta a distinção entre uma boa-fé subjetiva, consistente no estado de ignorância legítima da pessoa, e uma boa-fé objetiva, a qual consiste na conduta correta. Em outras palavras, a distinção consiste em entre ‘estar de boa-fé’ e ‘agir de boa-fé’” (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Boa-fé no Código Civil brasileiro: dez anos de experiência. In: CASSERATI, Christiano (coord.); VIANA, Rui Geral Camargo. **10 anos de vigência do Código Civil Brasileiro de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2013).

¹⁴² ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Responsabilidade Civil Pré-contratual: reflexões de um jurista português (portventura) aplicáveis ao direito brasileiro. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.) *et alli*. **O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 169.

¹⁴³ Conforme aponta Judith Martins-Cosa, a indicação de um *standard* de comportamento é apenas uma das acepções possíveis do instituto da boa-fé objetiva. Para além disso, este instituto jurídico indica também uma “(i) uma estrutura normativa dotada de prescritividade; (ii) um cânone de interpretação dos contratos”. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 42).

¹⁴⁴ *Idem*. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo - Novos Problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 82.

A necessidade de observância desse comportamento íntegro em atenção à boa-fé deve ser compreendida à luz das três funções emanadas por este instituto, as quais encontram fundamento no nosso ordenamento jurídico no CC, permitindo a concepção da boa-fé, nas palavras de Judith Martins-Costa, como “metro para a aferição da licitude no exercício de direitos derivados de negócios jurídicos (art. 187); como cânone de interpretação dos negócios (art. 113); e como cláusula geral dos contratos, servindo à sua integração (art. 422)”¹⁴⁵.

Como o presente trabalho destina-se à análise das hipóteses de caracterização de exercício abusivo de voto pelos credores na AGC, o que, por entender-se o plano como um negócio jurídico, se pode conceber como uma fase de formação do contrato, ater-se-á, tão somente, à primeira função apontada, a da boa-fé como controle do modo de exercício de direitos e posições jurídicas, aplicada estritamente ao exercício de direito por parte dos credores. Não se olvida, no entanto, que tanto os credores quanto o devedor devam manter suas condutas adstritas à boa-fé também durante e após o cumprimento das cláusulas previstas no plano de recuperação.

Em linhas gerais, esta primeira função traduz-se como um limite ao exercício da autonomia privada, no sentido de que uma certa conduta pode vir a ser considerada inadequada ao violar o interesse de um terceiro, acarretando-lhe prejuízos¹⁴⁶. A boa-fé, aqui, emerge para corrigir o exercício do direito, impedindo a formação destas condutas desarrazoadas, incoerentes e imoderadas¹⁴⁷.

Neste sentido, o art. 187 do CC, ao caracterizar a cláusula geral do abuso de direito, prevê as balizas precípua a serem observadas no exercício de qualquer direito subjetivo¹⁴⁸ - conforme já referido supra, no Primeiro Capítulo deste trabalho, item 1.3 - , o que Judith Martins-Costa caracteriza como “noções-quadro”¹⁴⁹, destacando que será considerada ilícita uma conduta quando exceder à boa-fé, ocasionando lesão a um interesse juridicamente tutelado - trata-se de uma ilicitude objetiva, na medida em que não se analisa o *animus* do agente, a vontade subjetiva do malfazer.

¹⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 45.

¹⁴⁶ OLIVEIRA FILHO, João Glicério de; MOREIRA, Marcus Borel Silva. A boa fé objetiva nos planos de recuperação judicial/ *The objective good Faith in judicial recovery plan*. In: VII Encontro Internacional Do CONPEDI/Braga - Portugal. 2017, Braga, Portugal. **Anais de Direito Empresarial**. Florianópolis: COPENDI, 2017, p. 14.

¹⁴⁷ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 625.

¹⁴⁸ Caracterizando direito subjetivo, Evarado da Cunha Luna, refere que este se identifica “com o conteúdo da norma, com a matéria ou substância jurídica, interesses protegidos que se transformam, conforme uma concepção teleológica do direito, em *bens jurídicos*.” (LUNA, Evarado da Cunha. **Abuso de direito**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959, p. 30).

¹⁴⁹ Estas “noções-quadro” servem para auxiliar, “pela reunião sequencial, a sistematização das hipóteses” (MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 666).

Esta conduta, *per se*, não se mostra formalmente inadequada, ela se apresenta em consonância às normas imediatamente a ela aplicáveis, mas o modo como os direitos, os poderes ou as faculdades são exercidos para formar aquela conduta, se mostra “contrário aos vetores axiológicos fundamentais do sistema jurídico”¹⁵⁰, que nas relações obrigacionais, são a lealdade, a confiança, a finalidade e a utilidade.

Na recuperação judicial o devedor, ao se submeter ao concurso de credores, desenvolve uma expectativa legítima, a qual é objeto de proteção pelo ordenamento jurídico. Esta expectativa surge porquanto um verdadeiro negócio jurídico será firmado com os credores, com fins de novar as suas dívidas e de equacionar o seu passivo¹⁵¹, de modo que nada é mais natural do que floresça no devedor a espera de que os credores votem no plano de recuperação da forma mais íntegra e leal possível.

Na visão do acima exposto, o direito de voto estaria sendo exercido irregularmente se contrário à tutela da confiança nas relações jurídicas, que se liga ao respeito das expectativas legítimas de seus agentes¹⁵².

Importante destacar, aqui, que não se pretende, ingenuamente, fazer crer que a recuperação judicial é pautada pela cooperação e pelo comportamento cordial das partes. Pelo contrário, o processo de recuperação judicial é um jogo de interesses, no qual é impossível satisfazer a todos – é o que, no linguajar popular, chama-se de um “cobertor curto”: ao beneficiar uma certa classe de credores, prejudica-se os demais credores (já que os ativos são escassos) e, também, prejudica-se a possibilidade de recuperação do devedor. Ou seja, sabe-se que não se pode imputar aos credores o mesmo *standard* de conduta que se imputa às partes de uma relação regrada pela boa-fé objetiva prevista no Direito Civil.

Entretanto, o cumprimento mínimo da boa-fé deve ser esperado nas condutas dos credores. E este cumprimento mínimo diz respeito, por exemplo, à impossibilidade de que os credores sujeitem a aprovação do plano à prática de ato contrário aos usos e costumes – tal como

¹⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 669-670.

¹⁵¹ OLIVEIRA FILHO, João Glicério de; MOREIRA, Marcus Borel Silva. A boa fé objetiva nos planos de recuperação judicial/ *The objective good Faith in judicial recovery plan*. In: VII Encontro Internacional Do CONPEDI/Braga – Portugal. 2017, Braga, Portugal. **Anais de Direito Empresarial**. Florianópolis: COPENDI, 2017, p. 7.

¹⁵² FEIJÓ, Guilherme Queirolo. **Fundamentos e contornos dogmáticos do controle judicial do exercício do direito de voto no processo de recuperação judicial**. 2018. 206f. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 105.

a prática de um ato ilegal – e à observância do dever de informar o administrador judicial de alguma irregularidade que observem, tal como a compra e venda irregular de voto¹⁵³.

Esta boa-fé objetiva à qual se alude, além disso, está muito mais ligada a um comportamento processual do que material, comportamento que é, inclusive, incentivado pelo art. 5º do CPC¹⁵⁴. Quanto à observância da boa-fé objetiva no âmbito processual, esta resta evidenciada por algumas proteções que são trazidas pelo ordenamento, tal como a proibição do *venire contra factum proprium*¹⁵⁵, a possibilidade de implementação da *supressio*¹⁵⁶ e a proibição do *tu quoque*¹⁵⁷. Em outras palavras, dado o ambiente de pressão no qual estão inseridos credores e devedor, um dos vieses da boa-fé objetiva traduz-se como um padrão de comportamento ético processual.

Além disso, o voto, seja este favorável ou desfavorável, decorre da autonomia privada do credor, não cabendo presumir-se que o credor que se manifesta pela não concessão da recuperação está, desde logo, exercendo conduta que viola a boa-fé objetiva¹⁵⁸ - em verdade, ensina Camiña Moreira que é o contrário que ocorre: como o credor é quem pode, mais do que ninguém, “apresentar justas razões para a sua recusa em apoiar o plano de recuperação; presume-

¹⁵³ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 77.

¹⁵⁴ “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

¹⁵⁵ “Estruturalmente, o *venire* postula duas condutas da mesma pessoa, lícitas em si, mas diferidas no tempo. Só que a primeira — o *factum proprium* — é contraditada pela segunda — o *venire*”. Esta contradição, para Cordeiro, seria ilícita somente em circunstâncias especiais, com base nas doutrina da confiança e negocial: “[p]ara as doutrinas da confiança, o *venire* seria proibido quando viesse defrontar inadmissivelmente uma situação de confiança legítima gerada pelo *factum proprium*. Para as negociais, o agente ficaria vinculado, em termos negociais, pelo *factum proprium* em causa; ao perpetrar o *venire*, estaria a violar a vinculação daí derivada” (CORDEIRO, António Menezes. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, ano 65, vol. II, setembro/2005. Disponível em: < <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutrinais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>>, acesso em 03 de novembro de 2018).

¹⁵⁶ A *supressio* “constitui a supressão de determinada posição jurídica de alguém que, não tendo sido exercida por certo espaço de tempo, crê-se firmemente por alguém que não mais passível de exercício. A *supressio* leva a *surrectio*, isto é ao surgimento de um direito pela ocorrência da *supressio*” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Teoria do Processo Civil**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 496).

¹⁵⁷ “O *tu-quoque* traduz a proibição de determinada pessoa exercer posição jurídica oriunda de violação de norma jurídica por ela mesma patrocinada. O direito não pode surgir de uma violação ao próprio Direito ou, como diz o velho adágio do *Common Law*, *equity must come with clean hands*.” (*Ibidem*, p. 496).

¹⁵⁸ OLIVEIRA FILHO, João Glicério de; MOREIRA, Marcus Borel Silva. A boa fé objetiva nos planos de recuperação judicial/ *The objective good Faith in judicial recovery plan*. In: VII Encontro Internacional Do CONPEDI/Braga – Portugal. 2017, Braga, Portugal. **Anais de Direito Empresarial**. Florianópolis: COPENDI, 2017, p. 15.

se a boa-fé de sua justificativa¹⁵⁹. O que deve haver é uma configuração concreta de violação para que reste reconhecida a existência de exercício abusivo.

Com base neste entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a decisão de primeiro grau que não havia reconhecido a abusividade dos votos desfavoráveis proferidos por credores concorrentes, na recuperação judicial da Companhia Albertina Mercantil e Industrial¹⁶⁰. Segundo o Tribunal, o fato de os credores serem fortes concorrentes das agravantes, *per si*, não caracteriza como abusivo o voto contrário à homologação do plano de recuperação judicial, deveriam ser trazidos elementos concretos a comprovar o exercício do direito em contrariedade à boa-fé.

Também não admitindo a presunção da abusividade do voto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afastou a aplicação do instituto do *cram down*, que havia sido adotado pelo juízo na primeira instância, decretando a falência da empresa BBLC Empreendimentos e Serviços Ltda.¹⁶¹. Neste caso, o Tribunal entendeu como não abusivo o voto do único credor com garantia real que havia comparecido à AGC, sob o argumento de que “a ausência de justificativa para a rejeição do plano [...], por si só, não caracteriza abuso do direito de voto”¹⁶². Em que pese o provimento unânime do recurso, de acordo com o já exposto no presente trabalho, entende-se que a posição adotada pelo Tribunal não parece a mais acertada à luz dos objetivos propostos pela LRF, principalmente o da preservação da empresa, já amplamente explicitado supra.

Ademais, não obstante aos credores seja conferido o poder de voto com base em sua autonomia privada, tal prerrogativa não os desobriga de atentar aos objetivos esculpidos na

¹⁵⁹ MOREIRA, Alberto Camiña. Abuso do credor e do devedor na recuperação judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coords.). **Dez Anos da Lei nº 11.101/2005 – Estudo sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015, p.189.

¹⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0146029-05.2012.8.26.0000. Agravantes: Companhia Albertina Mercantil e Industrial (em Recuperação Judicial) e outros. Agravados: Ráizen Tarumã S/A e outros. Relator: Des. Araldo Telles. Julgado em: 10.04.2015. Disponibilizado em: 13.04.2015.

¹⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 21589699-94.2014.8.26.0000. Agravante: Banco do Brasil S/A. Agravada: BBLC Empreendimentos e Serviços Ltda (em recuperação judicial). Relator: Des. Tasso Duarte de Melo. Julgado em: 07.04.2015. Disponibilizado: 10.06.2015.

¹⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 21589699-94.2014.8.26.0000. Agravante: Banco do Brasil S/A. Agravada: BBLC Empreendimentos e Serviços Ltda (em recuperação judicial). Relator: Des. Tasso Duarte de Melo. Julgado em: 07.04.2015. Disponibilizado: 10.06.2015.

LRF. O direito de voto exercido em total descompasso com as finalidades intentadas pelo legislador, deixando de se configurar tão somente como desvio de finalidade, pode caracterizar também violação à boa-fé objetiva¹⁶³.

Em análise dos casos concretos levados aos tribunais pátrios, é facilmente verificável que este raciocínio de que a boa-fé serve como parâmetro para o exercício do direito de voto, no sentido do art. 187 do CC, é o utilizado pela quase totalidade dos julgadores como argumento para configurar um voto como abusivo. Tal se dá principalmente em decorrência do entendimento de que o plano de recuperação configura um verdadeiro negócio jurídico a ser entabulado entre credores e o devedor.

Foi exatamente esta a fundamentação adotada pelo Des. Rui Portugal Bacellar Filho, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ao reconhecer como abusivo o voto proferido por um credor de segunda classe que possuía mais de 55% dos créditos habilitados na recuperação da Construtora Cobec Ltda¹⁶⁴.

No caso ora analisado, o credor havia votado em contrariedade à homologação do plano, sob o argumento de que o elevado deságio imposto aos seus créditos quirografários comprometeria substancialmente a sua expectativa de pagamento. Entretanto, em que pese a justificativa usada para fundamentar o voto desfavorável, evidenciou-se um motivo oculto: o credor considerava que alguns de seus créditos não deveriam se submeter à recuperação por serem extraconcursais, de modo que apresentou impugnação ao quadro de credores, a qual ainda não havia sido julgada quando da instalação da AGC. Assim, apresentou voto desfavorável como uma espécie de retaliação por não ter havido o reconhecimento de seus créditos como extraconcursais.

O Tribunal, diante da postura contrária à boa-fé adotada pelo credor na fase pré-contratual, não considerou como legítima a justificativa adotada. Como aguardava o reconhecimento de parte de seus créditos como extraconcursais, o credor jamais tentou negociar com a devedora condições que lhe fossem mais favoráveis; na AGC, após manifestar seu voto, demonstrou total desinteresse em oferecer nova proposta; e, além disso, negou-se a flexibilizar suas normas internas sobre a forma de pagamento de contratos, mesmo que minimamente.

¹⁶³ OLIVEIRA FILHO, João Glicério de; MOREIRA, Marcus Borel Silva. A boa fé objetiva nos planos de recuperação judicial/ *The objective good Faith in judicial recovery plan*. In: VII Encontro Internacional Do CONPEDI/Braga – Portugal. 2017, Braga, Portugal. **Anais de Direito Empresarial**. Florianópolis: COPENDI, 2017, p.19.

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 1738913-8. Agravante: Banco do Brasil S/A Agravada: Construtora Cobec Ltda. Interessado: Joaquim José Gruphofer Rauli. Relator: Des. Rui Portugal Bacellar Filho. Julgado em: 14.03.2018. Disponibilizado em: 26.03.2018.

Vê-se claramente que a conduta adotada pelo credor majoritário foi desleal e desonesta. O credor deve adotar conduta pré-negocial de acordo com a boa-fé, comprometendo-se, não a obrigatoriamente aceitar as condições propostas, mas a pelo menos tentar negociar com o devedor situações que lhe sejam mais benéficas¹⁶⁵. Somente assim o seu direito de voto será exercido de maneira distinta, não configurando exercício abusivo.

Situação semelhante observou-se no caso da Varig Logística S/A¹⁶⁶. Neste processo de recuperação judicial, que ao fim acabou resultando na falência da empresa referida, o juízo de primeiro grau considerou abusivos os votos proferidos por determinados credores concorrentes da devedora, entendendo que a postura de tais credores durante o processo recuperacional visava, injustificadamente, à falência da devedora.

Além disso, destacou a magistrada responsável pelo caso a contradição existente nas ações dos referidos credores, porquanto “impugnaram sua submissão à recuperação [...], mas, por outro lado, manifestaram voto contrário à aprovação do plano”¹⁶⁷. Pelo entendimento exarado, verificou-se evidente o descaso dos credores com o dever geral de boa-fé, violando o comportamento leal e honesto esperado de sua parte¹⁶⁸.

Ainda, no processo de recuperação judicial da Distribuidora Carbonari Ltda.¹⁶⁹, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve decisão que reconheceu a abusividade dos votos desfavoráveis ao plano, proferidos na AGC, por credores detentores de 53,45% dos créditos habilitados na única classe existente na recuperação (a dos credores quirografários).

A decisão no processo referido baseou-se na manifestação do administrador judicial de que os credores que haviam votado contra a homologação do plano de recuperação judicial assim o fizeram na expectativa de que a ameaça de falência fosse pressionar os sócios da em-

¹⁶⁵ OLIVEIRA FILHO, João Glicério de; MOREIRA, Marcus Borel Silva. A boa fé objetiva nos planos de recuperação judicial/ *The objective good Faith in judicial recovery plan*. In: VII Encontro Internacional Do CONPEDI/Braga – Portugal. 2017, Braga, Portugal. **Anais de Direito Empresarial**. Florianópolis: COPENDI, 2017, p. 18.

¹⁶⁶ BRASIL. Foro Central Cível da Comarca de São Paulo/SP. Processo nº 0121755-70.2009.8.26.0100. Falido: Varig Logísticas S/A. Juíza: Dra. Renata Mota Maciel. Decisão proferida em: 05.10.2009. Disponibilizada em: 22.10.2009.

¹⁶⁷ BRASIL. Foro Central Cível da Comarca de São Paulo/SP. Processo nº 0121755-70.2009.8.26.0100. Falido: Varig Logísticas S/A. Juíza: Dra. Renata Mota Maciel. Decisão proferida em: 05.10.2009. Disponibilizada em: 22.10.2009.

¹⁶⁸ OLIVEIRA FILHO; MOREIRA, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0106661-86.2012.8.26.0000. Agravante: Banco Itaú S/A. Agravada: Distribuidora Carbonari Ltda. Relator: Des. Francisco Loureiro. Julgado em: 03.07.2014. Disponibilizado em: 18.08.2014.

presa devedora a entabular acordos com os credores discordantes – no caso em análise, os sócios da devedora possuíam ativos mobiliários de altíssimo valor, podendo utilizá-los na tentativa de salvar a empresa, caso necessário fosse.

Não é preciso maior aprofundamento para verificar que a atitude dos credores violou manifestamente a boa-fé que deveriam ter em relação a requerida, na medida em que somente deixaram de apoiar a sua recuperação porquanto esperavam lograr benefício do estado de pânico que a possibilidade de falência faria incidir sobre os seus sócios. Tal atitude contraria todas as hipóteses de condutas minimamente aceitáveis nas relações jurídicas.

Do exposto, nota-se que a boa-fé, neste sentido, nada mais é do que um bem jurídico-cultural operativo que encontra berço na confiança e que é oriundo em razão da incumbência que o Direito tem de garantir as expectativas legítimas, direcionando as posturas das partes a uma ordem de convivência que possibilite coordenar positivamente as relações sociais¹⁷⁰.

Dito isto, os credores devem votar pela aprovação ou não do plano em estrita observância à boa-fé objetiva, atentando também aos decorrentes deveres laterais de informação e de consideração¹⁷¹. Ou seja, devem os credores buscar a satisfação de seus créditos, por meio do plano de recuperação, de forma honesta e leal.

2.3 Voto abusivo por inobservância do dever de lealdade para com a coletividade de credores

Em razão da configuração de uma comunhão de interesses, doutrina e jurisprudência têm tecido delimitações ao exercício do direito de voto dos credores tomando por base na existência de deveres fiduciários entre eles¹⁷².

Embora detenham direitos em face do devedor, sendo legitimados a exigir suas pretensões em razão das relações obrigacionais entabuladas, os credores também se encontram em uma situação subjetiva de dever¹⁷³ em relação tanto ao devedor quanto à coletividade de credores da qual são partes.

¹⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo - Novos Problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 82-84.

¹⁷¹ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 77.

¹⁷² OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. **Limites da Autonomia dos credores na recuperação de empresa insolvente**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 59.

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 574.

A partir disto, torna-se possível fundamentar o reconhecimento de deveres fiduciários em dois fatores distintos, mas interligados: tais deveres tomam lugar em razão da “ligação especial” entre os agentes, *i.e.*, da comunhão de interesses imposta legalmente; e, para além disso, surgem em razão da possibilidade de influência nas esferas jurídicas alheias¹⁷⁴.

Sobre este assunto, Buschinelli, ao discorrer acerca da configuração de uma espécie de dever de lealdade nas coletividades obrigatórias, destaca a corrente doutrinária, representada por Herbert Wiedmann, que considera que, mesmo nos tipos de comunhões de interesse, devem prevalecer parâmetros comportamentais elementares, os quais são partes integrantes das éticas coletivas, “como o dever de tratamento igualitário dos integrantes e o dever de consideração em relação aos interesses legítimos da coletividade”¹⁷⁵.

Mas não só isso. Como suas atitudes são capazes de afetar os interesses dos demais¹⁷⁶, os credores passam a ser destinatários de deveres de lealdade e de cooperação¹⁷⁷ em relação à coletividade. O dever de lealdade, portanto, apresenta-se como um contrapeso imprescindível ao poder que têm de fazer valer sua vontade sobre a dos demais, a responsabilidade obrigatória que surge em decorrência do poder conferido de condicionar os interesses alheios em jogo¹⁷⁸.

Essa necessidade de uma compensação ao poder exercido, como destaca Marcelo Von Adamek, encontra-se calcada no “princípio da unidade”, por intermédio do qual emerge “uma ideia geral de justiça com duas vertentes: ‘nenhuma responsabilidade sem poder’ [...] e ‘nenhum poder sem responsabilidade’”¹⁷⁹. Trata-se o dever de lealdade, assim, de um verdadeiro instrumento de limite ao exercício de posições jurídicas subjetivas, com fins de evitar eventual abuso que possa decorrer de um exercício desmedido.

¹⁷⁴ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 77-78.

¹⁷⁵ Destaca Buschinelli que há outro posicionamento da doutrina, representada por Marcus Lutter, que visualiza o fundamento do dever de lealdade no negócio jurídico societário. Para este, “coletividades obrigatórias seriam incompatíveis com a existência de deveres de lealdade: as associações obrigatórias [...] representariam a negação da autonomia privada. Nas coletividades obrigatórias, portanto, os participantes não estariam adstritos ao dever de perseguir a finalidade comum da coletividade, nem deveriam observar um dever de lealdade em relação à coletividade e aos seus integrantes” (*Ibidem*, p. 47).

¹⁷⁶ *Ibidem*, pp. 47-48.

¹⁷⁷ O dever de lealdade que é possível verificar entre diversos credores de um mesmo devedor insolvente não é visualizado quando se fala de um devedor solvente. Neste caso, o máximo a que se poderia referir é a existência de um “dever geral de respeito pelo crédito alheio”, e não um dever específico (OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. **Limites da Autonomia dos credores na recuperação de empresa insolvente**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 75).

¹⁷⁸ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Abuso de Minoria em Direito Societário (Abuso das Posições Subjetivas Minoritárias)**. 2010. 436f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 136.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 41.

Em que pese restar claro que a lealdade em relação à coletividade deve pautar as ações adotadas pelos credores, o conteúdo deste dever não é de simples definição e delimitação, devendo ser averiguado eventual descumprimento concretamente em cada caso, conforme leciona Carlos Ferreira de Almeida:

Os critérios da lealdade são tão fluidos como fluidas são as concepções de honestidade que lhes estão subjacentes. Os seus padrões podem encontrar-se na lei, em regulamento, em códigos de conduta, em práticas sociais reiteradas ou até na moral e nos bons costumes [...]. Para avaliar em concreto se o dever de lealdade foi infringido [...] é necessário inquirir se, naquelas circunstâncias, um observador, isento, mas informado acerca das referidas fontes, as consideraria impróprias de um comportamento honesto.¹⁸⁰

Para além dessa indefinição que circunda o conteúdo do dever fiduciário referido, certo é que a lealdade à qual se alude no presente trabalho é concebida como um dos deveres chamados de instrumentais, acessórios ou, ainda, laterais da boa-fé objetiva, espécies de deveres que se dedicam à condução a um resultado satisfatório da relação obrigacional, servindo à proteção das partes envolvidas¹⁸¹.

Assim, enquadrada como um destes deveres acessórios, traduz-se o dever de lealdade como a obrigatoriedade de que as partes – os credores, no caso que se está analisando – ajam de acordo com “as normas e os usos honestos”¹⁸², isto é, “são proibidos de obter vantagens particulares e são destinatários de deveres ativos e passivos de consideração à comunhão e aos demais credores”¹⁸³.

Tal diretiva comportamental afeta o interesse de todos os credores que se encontram materialmente submetidos aos efeitos da recuperação judicial:

Está hoje assente na doutrina que os deveres de lealdade devem ser encarados numa perspectiva material e não formal, i.e., que atenda aos interesses realmente afetados e não aos vínculos formais que intercedam entre os sujeitos. [...] Constituem, como tem sido dito, forma de solução ou, pelo menos, de gestão dos conflitos de interesses, permitindo dizer que interesse, em cada momento, merece prevalência. Por esse motivo, é irrelevante a existência de uma relação contratual ou outra relação obrigacional *formalmente* reconhecida entre os credores.¹⁸⁴

¹⁸⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Responsabilidade Civil Pré-contratual: reflexões de um jurista português (portventura) aplicáveis ao direito brasileiro. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.) *et alli*. **O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 175.

¹⁸¹ CUNHA, Lavinia Cavalcanti Lima. A boa-fé objetiva e os deveres acessórios de conduta nas relações civis e consumeristas. **Revista Refletindo o Direito**. Maceió, vol. 1, 2013. Disponível em: <<http://revistas.cesmac.edu.br/index.php/refletindo/article/view/175>>, acesso em 23 de outubro de 2018, p. 10.

¹⁸² ALMEIDA, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁸³ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 50.

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. **Limites da Autonomia dos credores na recuperação de empresa insolvente**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 77.

Incidindo, assim, nas relações jurídicas fáticas que estão submetidas ao concurso de credores, António Menezes Cordeiro entende que o conteúdo do dever de lealdade é compreendido, concomitantemente, por dois elementos: o da previsibilidade de uma conduta e o da correção desta mesma conduta¹⁸⁵.

O elemento da previsibilidade está ligado ao fato de o interessado lograr, subjetivamente, prever a atuação futura de outra pessoa¹⁸⁶, considerando que esta conduta – positiva – será voltada à obtenção das utilidades comuns buscadas¹⁸⁷. Neste sentido, a finalidade comum a ser visada no concurso de credores, conforme afirma Rachel Sztajn, é consubstanciada no interesse que cada credor tem de “evitar perdas de valores mais elevadas do que haveria na hipótese de liquidação”, além do interesse de manter as “relações negociais com a empresa [devedora] tanto ao longo do período em que se superam os problemas gerados com a crise quanto depois”¹⁸⁸, finalidade esta que somente é possível alcançar por meio da manutenção da atividade do devedor.

Quanto ao elemento da correção da conduta, este está ligado à noção de probidade, ou seja, esta conduta deve conter um direcionamento ético, no sentido de que “ser correto é ser leal [...], é ser leal ao fim comum conjuntural ou ao pontualmente estabelecido”¹⁸⁹. Não basta que a conduta se mostre previsível, ela deve também estar adstrita à lei, em seu sentido amplo, porquanto a lealdade envolve a observância de certos padrões de atuação¹⁹⁰.

Destarte, em sendo o dever de lealdade um desdobramento do princípio da boa-fé objetiva, a qual, por sua vez, é um obstáculo ao livre exercício de posições jurídicas, possível aferir que a sua não observância no procedimento concursal representa a ocorrência de um abuso de direito¹⁹¹.

¹⁸⁵ CORDEIRO, António Menezes. A Lealdade no Direito das Sociedades. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, vol. III, ano 66, dezembro de 2006. Disponível em: <<https://portal.ao.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-a-lealdade-no-direito-das-sociedades/>>, Acesso em: 05 de outubro de 2018.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 574.

¹⁸⁸ SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembleias de credores na lei de recuperação de empresas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Editora Malheiros, ano XLIV, nº 138, pp. 53-70, abril/junho de 2005, p. 62.

¹⁸⁹ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, pp. 574-575.

¹⁹⁰ CORDEIRO, *op. cit.*, Acesso em: 05 de outubro de 2018.

¹⁹¹ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 77.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar o caso da empresa NTL Têxtil Ltda.¹⁹² relativo a AGC em que o credor único da classe de garantia real¹⁹³ havia votado pela não homologação do plano, adotou o entendimento de que, ao exercer o direito de voto, devem os integrantes de uma classe preocuparem-se também com os interesses das demais classes. Destaca o Relator do caso, Des. Romeu Ricupero:

Essa posição excessivamente individualista poderia estar caracterizada, por exemplo, pela situação de uma classe de credores com maior prioridade para o recebimento de créditos (v.g., com garantia real), que, dependendo da situação patrimonial do devedor, preferisse sua liquidação imediata, já que os ativos seriam suficientes para o pagamento dos respectivos créditos, ainda que essa solução fosse prejudicial às demais classes com prioridade inferior e ainda que a aprovação do plano não deixasse a classe com maior prioridade em situação pior.¹⁹⁴

É que este dever fiduciário para com os demais credores, tomados individualmente, e para com a coletividade que se forma entre eles não é sempre verificável automaticamente na prática. Isto porque, não obstante a coletividade dos credores tenha um fim mediato comum, os credores, individualmente, são movidos por um interesse egoístico, no sentido de que, acima de tudo, buscam a satisfação do seu crédito – o que pode ser alcançado por meio de estratégias permitidas legalmente ou, por vezes, por meio de condutas que se mostram desleais.

Como referido no primeiro capítulo, nem sempre se mostra fácil harmonizar os interesses em um “jogo de cooperação”, como resultado de um altruísmo voluntário dos credores inseridos na coletividade (item 1.1), haja vista a existência de interesses nem sempre confluentes¹⁹⁵, o que é natural em um procedimento concursal. O que não se pode tolerar, no entanto, sob pena de configurar abuso do direito de voto, é que atitudes desleais e desrespeitosas sejam adotadas por determinados credores com fim de fazer prevalecer os seus interesses em detrimento dos da comunhão.

¹⁹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0342925-26.2009.8.26.0000. Agravante: Banco do Brasil S/A. Agravada: NTL Têxtil Ltda. (Em Recuperação Judicial). Relator: Des. Romeu Ricupero. Julgado em: 18.08.2009. Disponibilizado em: 27.08.2009.

¹⁹³ Quanto ao exercício do direito de voto por credor único de uma classe, importa destacar a lição de Alberto Camiña Moreira: “[a]inda que se queira aprovar o plano, pela prevalência do princípio da recuperação da empresa, parece que não se pode acoiar de abusivo o voto só porque ele é discordante e único na respectiva classe. Ser credor único, ou o único de determinada classe, decerto, é um circunstância não calculada pelo credor; tampouco é ilegal” (MOREIRA, Alberto Camiña. Abuso do credor e do devedor na recuperação judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coords.). **Dez Anos da Lei nº 11.101/2005 – Estudo sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 186).

¹⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0342925-26.2009.8.26.0000. Agravante: Banco do Brasil S/A. Agravada: NTL Têxtil Ltda. (Em Recuperação Judicial). Relator: Des. Romeu Ricupero. Julgado em: 18.08.2009. Disponibilizado em: 27.08.2009.

¹⁹⁵ SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembleias de credores na lei de recuperação de empresas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Editora Malheiros, ano XLIV, nº 138, pp. 53-70, abril/junho de 2005, p. 64.

Também com base no dever de lealdade, na recuperação judicial da empresa Algodoeira Sertaneja Ltda.¹⁹⁶ o juízo de primeiro grau – em decisão depois confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Alagoas¹⁹⁷ – entendeu como abusivo o voto de instituição financeira credora na classe de credores com garantia real que detinha 90,82% dos créditos habilitados na referida classe e que havia votado pela não homologação do plano.

A decisão tomou por base o conjunto de ações adotadas pelo credor no transcurso do processo de recuperação judicial. Em primeiro lugar, após negociação exaustiva entre a empresa devedora e os credores com direito de voto, a instituição financeira havia sinalizado que aprovaria o plano na AGC. Entretanto, no dia anterior ao aprazado para a AGC, o credor, objetando a avença, requereu a substituição de suas garantias reais, exigindo que estas recaíssem sobre um imóvel de terceiro, o qual era também credor mas que não esteve presente na AGC – isto é, não pode se manifestar sobre a intenção extemporânea da instituição financeira. Ao não ter seu pleito acatado, manifestou-se em contrariedade à recuperação da devedora.

Somado ao exposto está também o fato de que o citado credor havia condicionado seu voto ao preenchimento de várias exigências que deveriam constar no plano de recuperação, as quais foram atendidas pela empresa devedora, resultando em alteração substancial do plano. Porém, mesmo assim, o credor se mostrou contrário à recuperação.

Destarte, entendeu o juízo de origem que a conduta do credor serviu para frustrar a legítima confiança da coletividade de credores, em inobservância ao dever de lealdade que lhe é imposto e violando o princípio da *par conditio creditorum*¹⁹⁸, na medida em que pretendeu obter vantagem egoística em detrimento de todos os demais – inclusive, intentando garantir seu crédito com imóvel de terceiro, ao qual sequer concedeu tempo hábil para se manifestar sobre a exigência.

Para além disso, ao prometer que iria aceitar o plano e, posteriormente, manifestar-se contra ele, violou a proibição do ordenamento da figura conhecida como *venire contra factum*

¹⁹⁶ BRASIL. Foro da Comarca de Olho D'Água das Flores/AL. Pedido de Recuperação Judicial nº 0000407-22.2008.8.02.0025. Requerente: Algodoeira Sertaneja Ltda. Requeridos: Nestle Brasil Ltda. e outros. Juíza: Dra. Larissa Gabriella Lins Victor Lacerda. Julgado em: 20.01.2011. Disponibilizado em: 25.01.2011.

¹⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Alagoas. Agravo de Instrumento nº 2011.002287-3. Agravante: Banco Nordeste do Brasil S/A. Agravada: Algodoeira Sertaneja Ltda. Relator: Des. Washington Luiz D. Freitas. Julgado em: 02.05.2012. Disponibilizado em: 11.05.2012.

¹⁹⁸ Trata-se o princípio da *par conditio creditorum* de um princípio clássico do direito falimentar, que prevê a satisfação proporcional do interesse dos credores da mesma natureza. Em que pese não haver disposição legal para a sua aplicação na recuperação judicial, entende-se que pode a ela ser estendido, na medida em que a igualdade de tratamento é um dos princípios aplicáveis às comunhões de interesse (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na lei 11.101/2005**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 90).

proprium (referido supra, no item 2.2), constituindo uma contrariedade desleal de uma conduta, o que representa, ao fim, verdadeiro descumprimento do dever fiduciário que deveria ser observado.

Neste caso específico, apesar de ter-se entendido que a contrariedade na conduta do credor configurou violação à lealdade que era devida à coletividade, importa destacar que não é qualquer contrariedade comportamental que enseja o reconhecimento do abuso do exercício de uma posição jurídica, porquanto é da natureza do ser humano a existência de contradições em suas condutas¹⁹⁹. Assim, somente configura ilícito e, conseqüentemente abuso de direito, o “comportamento contraditório que mine a *relação de confiança recíproca* minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfico negocial”²⁰⁰.

Ainda, em distinto processo de recuperação judicial, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, reafirmando a decisão proferida em primeiro grau e tomando por base o dever de lealdade, considerou como abusivo o voto cuja “motivação foi o interesse isolado e pessoal do próprio credor, em prejuízo do interesse maior de todos os demais credores [...]”²⁰¹.

No caso assinalado, o credor único da segunda classe havia rejeitado o plano sem apresentar qualquer justificativa plausível, o que, no entendimento dos julgadores, evidenciou o seu interesse egoístico de que os demais credores não fossem contemplados com o pagamento de seus créditos – de fato, o referido credor receberia logo após o pagamento dos credores trabalhistas.

O acórdão continua, destacando que a aplicação da LRF imporia, ao caso, a “necessidade de beneficiar os demais credores em detrimento daquele que não aprovou o plano”²⁰² por abuso de direito, haja vista tal conduta configurar violação ao princípio da igualdade dos credores, afrontando o ordenamento jurídico pátrio.

Como se pode ver dos exemplos elencados, o dever de lealdade na maioria dos casos, surge como um dever negativo, impedindo, assim, comportamentos incoerentes por parte dos credores, servindo como instrumento de proteção dos interesses da comunhão de interesses imposta pela LRF.

¹⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 676.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 676.

²⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0060211-41.2016.8.19.0000. Agravante: Banco Santander (Brasil) S.A. Agravos: Life Imagem Diagnósticos por Imagem Clínica Médica e Participações S.A. Relator: Des. Guaraci de Campos Vianna. Julgado em: 14.03.2017. Disponibilizado em: 15.03.2017.

²⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0060211-41.2016.8.19.0000. Agravante: Banco Santander (Brasil) S.A. Agravos: Life Imagem Diagnósticos por Imagem Clínica Médica e Participações S.A. Relator: Des. Guaraci de Campos Vianna. Julgado em: 14.03.2017. Disponibilizado em: 15.03.2017.

3 O VOTO ABUSIVO À LUZ DO PROJETO DE LEI Nº 10.220/2018

A Lei de Recuperação e Falência, promulgada em 09 de fevereiro de 2005, apesar de significar grande avanço no regramento sobre a empresa em crise, em comparação com regimes anteriores, não escapou das críticas. Tais críticas surgem, sobretudo, de setores econômicos que se sentiram prejudicados pela flexibilização adotada pela doutrina e pela jurisprudência nos mais variados institutos da lei.

Com base nisso – e, em um segundo plano, com base no grande poderio dos autores das críticas à legislação atual –, foi apresentado pelo Poder Executivo o Projeto de Lei nº 10.220/2018²⁰³, que propõe a alteração da LRF. Atualmente este projeto tramita com regime de prioridade na Câmara de Deputados, apensado ao PL nº 6.229/2005²⁰⁴, pendendo de análise pela comissão especial criada para tanto.

Conforme elencado na sua exposição de motivos, a proposta de alteração da LRF busca, no que diz respeito especificamente à recuperação judicial, “aprimorar o sistema recuperacional brasileiro, garantindo um processo mais previsível, rápido e transparente às empresas que devem ser recuperadas”²⁰⁵. Baseia-se, para tanto, em cinco princípios fundamentais, a saber: (i) o da preservação da empresa; (ii) o do fomento ao crédito; (iii) o do incentivo à aplicação produtivo dos recursos econômicos, ao empreendedorismo e ao rápido recomeço (*fresh start*); (iv) o do afastamento de comportamentos estratégicos indesejáveis que gerem prejuízo social pelos participantes dos procedimentos concursais; e (v) o da melhoria do arcabouço institucional da própria legislação²⁰⁶.

Com este escopo, no Capítulo II, Seção IV da LRF, pretende-se alterar o art. 39, inserindo, por meio dos §§4º a 11º, novíssimas disposições sobre a AGC. No entanto, apesar da pluralidade de propostas de disposições, em razão dos fins objetivados pelo presente trabalho, ater-se-á tão somente à relevante proposta trazida no §7º e nos seus respectivos incisos:

Art. 39. [...]

§ 7º O voto será considerado abusivo quando o credor:

²⁰³ BRASIL. **Projeto de Lei nº 10.220/2018**. Autor: Poder Executivo. Informações sobre a tramitação disponíveis em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927>>.

²⁰⁴ Projeto apresentado pelo Deputado Medeiros (PL-SP), com a seguinte ementa: “altera o § 7º do art. 6º da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que “Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”, para submeter todos os créditos tributários à recuperação judicial.” Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=307272>>.

²⁰⁵ BRASIL. **Exposição de motivos nº 00053/2018 do Projeto de Lei nº 10.220/2018**. Relator: Ministro da Fazenda Eduardo Refinetti Guardia. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927>>.

²⁰⁶ BRASIL. **Exposição de motivos nº 00053/2018 do Projeto de Lei nº 10.220/2018**. Relator: Ministro da Fazenda Eduardo Refinetti Guardia. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927>>.

- 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.

Diante de uma análise geral da previsão a ser trazida por este dispositivo, o que é mais evidenciado é o seu “caráter limitador”. Com isto se quer dizer que, ao contrário da tradição que veio sendo criada com a atual legislação recuperacional – em que a jurisprudência tem criado parâmetros próprios para a caracterização do voto abusivo, o que levou à tutela das mais diversas situações em que houve votos contrários aos objetivos propostos pela lei –, o PL nº 10.220/2018 vai restringir a atuação do judiciário quanto ao reconhecimento de votos corrompidos pela abusividade.

Caso aprovado o projeto, ao que parece, a LRF vai prever um rol determinado de possibilidades de ocorrência do exercício abusivo do direito de voto por um dos credores, afastando grande parte do que já foi sedimentado pela doutrina e pela jurisprudência.

Em que pese as “amarras” à atuação do judiciário, em razão de previsão expressa sobre o tema, grande parte das críticas feitas à LRF em razão da sua timidez e omissão em relação a disposições sobre o abuso do direito de voto deixarão de ter lugar. Entende-se que, à luz do §7º do art. 39 do PL nº 10.220/2018, a análise das situações que configuram abuso do direito de voto nos casos concretos deixará de ser excessivamente subjetiva, diminuindo a insegurança jurídica, consubstanciada na ocorrência de decisões distintas para casos similares – crítica que feita à LRF por Luiz Fernando Valente de Paiva²⁰⁷.

Não se quer dizer, no entanto, que a promulgação das alterações intentadas pelo PL em análise irá sanar todos os problemas relativos ao exercício abusivo do direito de voto que se verificaram nos treze anos de vigência da LRF. Como a legislação recuperacional brasileira utiliza-se largamente de cláusulas gerais – característica que, ao que tudo indica, não será abandonada pelo PL nº 10.220/2018 –, e como é próprio de sua natureza, sempre haverá as “zonas

²⁰⁷ “A lacuna existente gera enorme insegurança, pois sem parâmetros claros previstos em lei para a determinação das situações em que há conflito ou abuso, a análise de sua presença no caso concreto tende a ser muito mais subjetiva, com riscos de decisões distintas para casos semelhantes, com enorme insegurança jurídica para os envolvidos.” (PAIVA, Luiz Fernando Valente de. *Necessárias Alterações no Sistema Falimentar Brasileiro*. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coords.). **Dez Anos da Lei nº 11.101/2005 – Estudo sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015, pp. 152-153).

cinzentas” interpretativas, de modo que sempre se mostrará necessária a construção de “parâmetros dogmáticos em torno dos casos concretos, aproximando os resultados da aplicação do Direito em situações semelhantes e os afastando em situações disintas”²⁰⁸.

Importante ressaltar também, apesar de não fazer parte do âmbito de estudo sobre o qual se debruça este trabalho, que o §8º irá estipular conclusivamente a consequência decorrente do reconhecimento do voto abusivo. De acordo com o projeto, os votos abusivos serão considerados nulos²⁰⁹, sendo capazes de influenciar substantivamente no resultado de uma AGC e, conseqüentemente, na possibilidade de recuperação da empresa em crise.

No que diz respeito a este tema, portanto, será dado enorme passo à busca de melhores soluções para um problema que está presente, senão em todas, na quase totalidade das AGC decorrentes dos procedimentos concursais. E é justamente em razão da sua extrema relevância que se passará à análise de cada uma das hipóteses previstas para a configuração voto abusivo no PL referido.

3.1 Voto abusivo por objetivar vantagem ilícita ou prejuízo do devedor ou de terceiro

O inciso I do §7º proposto ao art. 39 da LRF pelo PL nº 10.220/2018 prevê considerar como abusivo o voto nas hipóteses em que o credor “dele se valer para obter vantagem ilícita ou exclusivamente para prejudicar devedor ou terceiro”. Ou seja, longe de afastar a possibilidade de que os credores empreguem seus votos de modo a validar uma estratégia no processo recuperacional²¹⁰, está-se diante de dispositivo que afastará o voto quando esta estratégia for ilícita ou maléfica ao devedor ou a terceiro.

Do disposto neste inciso, a primeira característica que salta aos olhos é a sua proximidade e semelhança com o tratamento que é conferido ao tema pela lei que rege as sociedades anônimas, a LSA:

Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

²⁰⁸ FEIJÓ, Guilherme Queirolo. **Fundamentos e contornos dogmáticos do controle judicial do exercício do direito de voto no processo de recuperação judicial**. 2018. 206f. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, pp. 30-31.

²⁰⁹ “Art. 39. [...] §8º Nas hipóteses previstas no § 7o o voto será considerado nulo.”

²¹⁰ SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembleias de credores na lei de recuperação de empresas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Editora Malheiros, ano XLIV, nº 138, pp. 53-70, abril/junho de 2005, p. 65.

O dispositivo supracitado prevê que, nas assembleias das SA, é dotado de abusividade o voto que objetivar, estritamente, vantagem indevida ao acionista votante ou prejuízo à companhia. Trocando o termo “acionista” por “credor”, e o termo “companhia” por “devedor”, nota-se claramente a inspiração do legislador.

Destaca-se que não se busca aqui, ingênua e erroneamente, aproximar os dois dispositivos de modo a afirmar que o exercício do direito de voto nas deliberações assembleares das sociedades anônimas tem os mesmos fundamentos que o exercício do voto nas AGC de recuperações judiciais, pressupondo que os credores deveriam votar de acordo com o interesse da empresa devedora²¹¹ – pelo contrário, o voto deve ser expresso em consonância com a vontade individual do credor. A similitude à qual se atenta aqui é exclusivamente em relação à esta impossibilidade de, tanto o acionista quanto o credor, manifestar voto que tenha fins individualistas e ilícitos ou que objetive tão somente o prejuízo alheio.

A proximidade entre a LSA a hipótese do PL em análise está justamente no fato de que o abuso, aqui, não pressupõe que haja um conflito entre os interesses. Para que venha a restar configurada a hipótese do voto abusivo, bastará o já referido: que a sua intenção seja a de almejar prejuízo alheio²¹² - embora possa, de fato, estar presente a busca pela satisfação de outros interesses.

Nesta lógica, levando-se em consideração os parâmetros adotados atualmente pela doutrina para o reconhecer situação em que é abusivo o exercício do direito de voto, a hipótese que

²¹¹ De fato, nas sociedades de capital, ao aderir ao estatuto social, os sócios adquirem o *status socii*, passando a exercer os direitos e deveres decorrentes deste estado (BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 45-46), fundamentando-se nesta condição o dever de lealdade que detêm e que os impede de exercer seu direito de voto de modo a prejudicar a sociedade da qual fazem parte ou os demais acionistas. Ou seja, há um ato voluntário que justifica a limitação do exercício de suas posições jurídicas, que submete o interesse individual do sócio, em certa medida, ao interesse coletivo, ao interesse social (SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. *Autonomia dos Credores na Aprovação do Plano de Recuperação Judicial*. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Tavares (coords.) *et alli. Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. Quartier Latin, São Paulo, 2013, pp. 109-110). Por outro lado, na comunhão de interesses dos credores, conforme referido no Capítulo 1 (item 2.1 supra), não há esta característica da voluntariedade – há uma imposição legal de formação de uma comunhão de interesses em abstrato –, de modo que se busca o fundamento da limitação ao exercício das posições jurídicas dos credores diretamente do princípio da boa-fé objetiva, conforme referido no Capítulo 2 (itens 3.2 e 3.3 supra). Nas palavras de Souza Júnior, “diferentemente do que ocorre nas sociedades quanto ao interesse social, a preservação da empresa não é o objetivo final comum dos credores submetidos à recuperação judicial. Nem pode, portanto, servir de referência para seu voto” (*Ibidem*, pp. 109-110).

²¹² ARAGÃO, Paulo Cezar. *Apontamentos sobre Desvios no Exercício do Direito de Voto: Abuso de Direito, Benefício Particular e Conflito de Interesses*. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (coord.); *et. alli. Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 186.

se considera mais fácil de se enquadrar no inciso I é a do voto proferido por um credor concorrente que vise a prejudicar a empresa recuperanda em busca de benefício próprio.

Ilustrando os casos que levariam um credor concorrente a votar abusivamente em desfavor do plano em busca do prejuízo da empresa devedora, traz-se exemplos de Buschinelli:

Primeiramente, um credor diretamente concorrente pode ser beneficiado, hipótese que não exige maiores explicações. Imagine-se, ademais, que o principal concorrente da empresa devedora seja uma companhia aberta, com ações negociadas em bolsa. Com a falência do devedor, também essa companhia será beneficiada. Mediamente, portanto, também o serão seus acionistas, dentre os quais podem constar credores da empresa devedora. Pode ocorrer, ainda, benefício a agentes que atuam em outro nível do processo produtivo. A falência do devedor que atua no processo de distribuição de um produto, por exemplo, pode favorecer a entrada nesse mercado de outros agentes que, até aquele momento, atuavam no processo de industrialização.²¹³

Diferentes casos que seriam englobados por este dispositivo também se encontram presentes na lição de Erasmo Valladão França²¹⁴, que traz os exemplos de “credora, indústria automobilística, que vote contrariamente à aprovação de plano de recuperação judicial viável por estar interessada na falência do devedor, seu concessionário, a fim de passar a concessão a outrem”, ou, ainda, de “credor interessado na falência de seu agente ou distribuidor [...], igualmente para transferir a outrem a agência ou a distribuição de seus produtos”²¹⁵.

Neste sentido, da jurisprudência trazida no Segundo Capítulo também se retira exemplos. Primeiramente, poder-se-ia reconhecer como abusivo, por se valer de vantagem ilícita ou exclusivamente para prejudicar o devedor, o voto proferido por alguns credores no processo de recuperação judicial da empresa Varig Logísticas S/A²¹⁶. Conforme a decisão de primeiro grau que homologou o plano de recuperação, vinte e sete credores – a exemplo, a empresa Atlantic Aviation Investment LLC, maior credora quirográfrica e que representava os interesses da empresa aeroviária concorrente Lan Chile – haviam votado pela não aprovação do plano por almejavam o prejuízo da recuperanda, em razão de interesses concorrenciais diversos aos relacionados ao escopo da recuperação judicial.

Além destes, também se considerou que a credora Shell do Brasil S/A havia se manifestado de forma abusiva contra o plano. Isso porque, quando das tratativas, havia proposto a

²¹³ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 135-136.

²¹⁴ Para o autor, no âmbito da LRF, há várias hipóteses em que o interesse de um credor se qualificará como conflitante com o da coletividade, ensejando, conseqüentemente, a anulação da deliberação (FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. Disposições comuns à recuperação judicial e à falência. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.) *et alli*. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 192).

²¹⁵ *Ibidem*, pp. 192-193.

²¹⁶ BRASIL. Foro Central Cível da Comarca de São Paulo/SP. Processo nº 0121755-70.2009.8.26.0100. Falido: Varig Logísticas S/A. Juíza: Dra. Renata Mota Maciel. Decisão proferida em: 05.10.2009. Disponibilizada em: 22.10.2009.

exclusividade na distribuição de combustíveis à empresa devedora, o que não foi acolhido, levando-a a votar contra o plano como uma forma de retaliação.

Os votos desfavoráveis ao plano de recuperação da empresa, quando proferidos sem qualquer outra justificativa, por certo, trazem benefícios aos credores concorrenciais, haja vista a condução da devedora à falência acarretar na sua menor capacidade de rivalizar mercado com os demais agentes econômicos²¹⁷. Por esta razão que se entende que tais votos se enquadrariam muito bem na hipótese aludida pelo inciso analisado²¹⁸.

Para além dos cenários de credores concorrenciais, outros casos que bem se inseririam nesta hipótese são aqueles em que se verifica o voto abusivo por parte de credor com garantias pessoais prestadas por terceiros. Isto porque, conforme prevê a LRF em seu art. 59, a aprovação do plano de recuperação acarreta na novação dos créditos anteriores ao pedido, sujeitando os credores e o devedor, mas sem prejudicar as garantias prestadas.

Em outras palavras, os credores com créditos garantidos por terceiros, mantêm seus direitos sobre as garantias pessoais²¹⁹, mesmo que haja a aprovação do plano com a novação dos créditos²²⁰. Consequentemente, destarte, podem executar diretamente os avalistas, fiadores e demais coobrigados²²¹.

Estes credores sabem que vão demorar a receber seus créditos da recuperanda – são credores de classe III, não sendo, obviamente, os mais privilegiados seja na recuperação judi-

²¹⁷ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 135.

²¹⁸ O ponto central, aqui, como referido, não é existência de interesse conflitante – o interesse concorrente –, mas a intenção de prejudicar a devedora para, em um segundo momento, lograr benefícios concorrenciais que são indevidos.

²¹⁹ “Art. 49. [...] § 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.”

²²⁰ BUSCHINELLI, *op. cit.*, p. 130.

²²¹ Neste sentido é o entendimento do STJ: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL A EMPRESA COEXECUTADA. AVAL. OBRIGAÇÃO CAMBIÁRIA AUTÔNOMA. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO INDIVIDUAL. 1. A concessão da recuperação judicial a empresa coexecutada não suspende a execução individual em relação aos avalistas. Jurisprudência do STJ. 2. A novação do crédito não alcança o instituto do aval, garantia pessoal e autônoma por meio da qual o garantidor compromete-se a pagar título de crédito nas mesmas condições do devedor. 3. Agravo regimental desprovido.” (BRASIL. STJ. AgRg no AREsp nº 96.501/RS. Agravante: Irio Luiz Carlos Posselt. Agravado: Itaú Unibanco S.A. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Julgado em: 06.08.2013. Disponibilizado em: 20.08.2013).

cial, seja na falência –, e sabem também que podem executar diretamente os garantidores pessoais de seus créditos. Todo este cenário é capaz de gerar uma certa indiferença²²² para com o resultado do procedimento concursal, ou, nas palavras de Madalena Perestrelo de Oliveira, “um destaque entre o direito de crédito e o interesse econômico associado à sua satisfação”²²³, abrindo espaço a votos que visem exclusiva e injustificadamente levar a devedora à falência.

Este foi o entendimento que teve o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ao reconhecer como abusivo o voto proferido por um credor com garantia pessoal na AGC da recuperação judicial do Supermercado Alto da Posse Ltda.²²⁴. No caso, o credor votou contra o plano de recuperação, manifestando-se tão somente no sentido de que executaria seus créditos perante os devedores solidários – votou a favor da falência apenas porque conseguiria receber seus créditos de outro modo, restando claro seu intuito de prejudicar injustificadamente a empresa insolvente.

Outra situação que ensejaria este destaque entre o crédito e o interesse econômico é a dos credores que têm seus interesses garantidos por derivados de crédito – gênero de que são espécies, a título exemplificativo, o *credit default swaps* (CDS) e o *credit default options* (CDO) –, que se configuram como negócios jurídicos que possibilitam a diminuição à exposição de riscos do credor. Por meio destes contratos, o credor, de um lado, adquire a proteção, comprometendo-se a pagar um prêmio; enquanto que a vendedora da proteção, em contrapartida,

²²² Para Alberto Camiña Moreira, este credor “se acha diante da situação em que não tem muito a perder no processo de recuperação judicial, pois ele conta com garantias que lhe permitirão receber, externamente, em execução singular, integralmente, muitas vezes, o valor respectivo” (MOREIRA, Alberto Camiña. Abuso do credor e do devedor na recuperação judicial. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coords.). **Dez Anos da Lei nº 11.101/2005 – Estudo sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 194). Ainda, esta indiferença pode atingir patamares maiores, tornando-se um verdadeiro interesse negativa: “[a] lógica do sistema de insolvências parte da premissa de que o direito de voto está associado ao interesse econômico do credor, porém, sua dissociação pode gerar um interesse negativo do credor na satisfação do crédito, servindo como incentivo para que vote contra a solução mais eficiente” (FEIJÓ, Guilherme Queirolo. **Fundamentos e contornos dogmáticos do controle judicial do exercício do direito de voto no processo de recuperação judicial**. 2018. 206f. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 45).

²²³ Para a autora “[o] direito falimentar [...] assenta na ideia de que estes direitos [econômicos, de controle e até mesmo o direito básico de participar do processo de recuperação] estão sempre associados a um crédito e que, conseqüentemente, os credores estarão sempre interessados em manter a solvência da empresa devedora e em maximizar o seu valor [...]. Esta premissa – válida para os casos típicos – não é absoluta: o destaque entre direito de crédito e interesse econômico é uma realidade difundida, ainda que pouco transparente” (OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. **Limites da Autonomia dos credores na recuperação de empresa insolvente**. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 85-86).

²²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento no 0037321-84.2011.8.19.0000. Agravante: Sindicado dos Empregados no Comércio de Duque de Caxias, São João de Meriti, Magé e Guapimirim. Agravado: Supermercado Alto da Posse Ltda. Relator: Des. Milton Fernandes de Souza. Julgado em: 13.12.2011. Disponibilizado em: 09.01.2012.

obriga-se a cobrir os prejuízos que do credor, em caso de ocorrência do evento contratualmente acordado – no caso, a insolvência da empresa²²⁵.

Evidente que a situação acima descrita pode servir como abertura para que os credores votem contra o plano de recuperação judicial com o intuito de obter vantagem a si mesmos e de prejudicar a empresa devedora, em manifesta abusividade. Isto porque, segundo a mesma lógica dos créditos garantidos por terceiros, estes credores estão cientes de que receberão o valor de seu crédito por outros meios.

Somando-se às hipóteses enunciadas, também se enquadrariam como abusivos, à luz do proposto inciso I, os votos proferidos pelo conjunto de credores na recuperação judicial da Distribuidora Carbonari Ltda.²²⁶. Como já referido supra (Capítulo Segundo, item 2.1), o voto dos credores violou a boa-fé que deveriam ter em relação à devedora, na medida em que se manifestaram a favor da falência tão somente com a intenção de pressionar os sócios da empresa a entabular acordo com oferta de bens próprios – uma clara tentativa de negociar votos em favor da recuperação da empresa.

Evidente que esta tentativa de realizar negócios que beneficiaram apenas alguns credores por meio de ameaça aos sócios da empresa devedora caracteriza a intenção de lograr vantagem indevida com o processo de recuperação judicial. Assim, tal caso, se vigentes as alterações propostas pelo PL em análise, poderia facilmente ser julgado enquadrando os votos dos credores na hipótese do inciso I.

Destaca-se, no entanto, que, mesmo que sejam aprovadas as mudanças propostas pelo PL, não se poderá dizer, *a priori*, que um credor que se manifesta contra o plano intenta puramente prejudicar o devedor. Para que se chegue a esta conclusão, será necessário que o juízo realize uma análise minuciosa das reais motivações dos votos proferidos pelos credores, haja vista existirem também hipóteses em que o interesse dos credores é licitamente melhor tutelado com a falência.

3.2 Voto abusivo por exercício por conta, ordem ou interesse alheio ao do credor

A segunda possibilidade de ocorrência de voto abusivo, pela proposta do PL nº 10.220/2018, é a que se configurará quando o direito de voto for exercido “por conta, ordem ou

²²⁵ OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. **Limites da Autonomia dos credores na recuperação de empresa insolvente**. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 86-87.

²²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0106661-86.2012.8.26.0000. Agravante: Banco Itaú S/A. Agravada: Distribuidora Carbonari Ltda. Relator: Des. Francisco Loureiro. Julgado em: 03.07.2014. Disponibilizado em: 18.08.2014.

no interesse total ou parcial de outro que o próprio credor, ressalvado o disposto no art. 27, §4º”.

De se ressaltar que o §4º do art. 27, aludido na hipótese do inciso II, também é uma das propostas do PL ora em análise. Neste parágrafo será previsto que os membros do Comitê de Credores deverão exercer suas funções, inclusive o direito de voto, de acordo com o interesse da comunhão de credores, ainda, não podendo votar naquelas deliberações em que houver conflito entre os seus interesses e os da coletividade²²⁷.

Complementando a disposição proposta pelo inciso II, o §6º, também do art. 39, estabelecerá que “[o] voto será exercido pelo credor no seu interesse e de acordo com o seu juízo de conveniência”. Em outras palavras, a legislação preverá expressamente a conclusão que já é adotada, há muito, pela doutrina e pela jurisprudência: o credor é livre para manifestar seu voto no sentido que melhor tutele seus interesses – lembrando, no entanto, que, mesmo neste caso, é inafastável a observância aos limites ético-jurídicos impostos à autonomia privada, referidos supra no Capítulo Primeiro (item 1.3), porquanto o credor está obrigatoriamente associado a uma coletividade.

Assim, a liberdade conferida aos credores de votar segundo “o seu juízo de conveniência” é apenas aparente, sendo certo que não é qualquer interesse que pode vir a ser tutelado pelo exercício do direito de voto. Em verdade, entende-se que esta segunda hipótese de critério para o reconhecimento de um voto abusivo vem a surgir como um contraponto ao grande poder que os credores têm de decidir se irão preservar a atividade do devedor²²⁸. Como eles somente detêm tal posição decisiva no futuro da empresa em razão do crédito que possuem, razoável que exerçam este poder – o direito de voto – em conformidade ao interesse que os situou nesta posição.

Disto, tem-se que, no processo de recuperação judicial, o credor é livre para votar, do melhor modo que entender conveniente, para tutelar seus interesses ligados estritamente ao crédito em questão²²⁹, e não para tutelar interesses de terceiros ou, ainda, interesses próprios que não estejam ligados ao crédito submetido ao processo concursal.

²²⁷ “Art. 27. [...] §4º Os membros do Comitê de Credores exercerão as funções que a lei lhes confere no interesse do conjunto de credores que os indicaram e não poderão votar nas deliberações em que tiverem interesse conflitante.”

²²⁸ SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembleias de credores na lei de recuperação de empresas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Editora Malheiros, ano XLIV, nº 138, pp. 53-70, abril/junho de 2005, p. 56.

²²⁹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na lei 11.101/2005**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 403.

Neste sentido, pensando-se em situações práticas que configurariam abuso do direito de voto à luz deste inciso II, tem-se, por exemplo, a hipótese de cessão do direito de voto. A cessão do direito de crédito – com a consequente cessão de seus direitos acessórios, tais como o direito de voto – é amplamente admissível nas recuperações judiciais submetidas à LRF²³⁰ (contando, até mesmo com previsão no PL nº 10.220/2018, no §11º do art. 39²³¹), entretanto, a doutrina e a jurisprudência condenam que se transfira a outrem tão somente o direito de voto, na medida em que o “voto é expressão do crédito, e, por isto, deste inseparável”²³², entendendo-se pela vedação de sua negociação individual²³³. Em que pese a existência desta proibição, levando-se em consideração a dificuldade de verificar a ocorrência de tais negociações, não se ignora a existência de casos em que os votos são negociados fraudulentamente²³⁴.

Traz-se, quanto a esta questão, exemplo de um terceiro que seja fornecedor da empresa que está em recuperação e que se dirija a um de seus credores com crédito expressivo – e, consequentemente, com considerável poder na votação –, oferecendo 20% de todos os lucros que obter com a continuidade do fornecimento à empresa devedora em troca de um voto positivo ao plano de recuperação na AGC²³⁵. Nesta exemplificação, em que pese o credor fosse o responsável por proferir o voto, a motivação para a aprovação do plano não estaria na melhor forma de tutelar o seu interesse, mas na tutela dos interesses de um terceiro à relação creditícia, de modo que o voto seria caracterizado como abusivo, nos termos do inciso II.

²³⁰ “Segundo estabelece o artigo 286 do Código Civil, ‘o credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor’. O artigo 287 preceitua: ‘Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios’. Evidenciada a legalidade da cessão de crédito, eis que não se apontou proibição legal ou convencional para tal, exsurge evidente que, no caso de ser postulada a recuperação judicial da devedora, o cessionário tem o direito de pleitear a sua inclusão na relação de credores, bem como o de participar da Assembleia Geral de Credores, com voz e voto.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0122038-44.2005.8.26.0000. Agravante: National Bank Of Egypt Limited [nova denominação de Nagional Bank of Egypt International Limited]. Agravada: Parmalat participações do Brasil Ltda. [em recuperação judicial] Relator: Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. Julgado em: 15.03.2006. Disponibilizado em: 16.04.2006).

²³¹ “Art. 39. [...] § 11. Na hipótese de cessão ou sub-rogação, inclusive de crédito trabalhista, o crédito submetido às disposições desta Lei manterá exatamente as mesmas características e natureza, e o cessionário ou sub-rogado preservará os mesmos direitos que possuía o cedente ou sub-rogante.”

²³² VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências, vol. II**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 55.

²³³ “Mais do que um direito econômico, o direito de crédito passa a exercer a função de instrumento de legitimação para o exercício de direitos de participação no âmbito da assembleia geral” (BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 119).

²³⁴ Trata-se do chamado “tráfico de votos”. No âmbito das Sociedades Anônimas, Modesto Carvalhosa distingue a hipótese da cessão de voto e do tráfico de voto, aduzindo que, neste, “o próprio acionista vota na assembleia geral, mediante vantagem direta ou indiretamente recebida, para atender a interesses de outros acionistas, de administradores ou de controladores” (CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, 2. Volume – arts. 75 a 137. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014).

²³⁵ OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. **Limites da Autonomia dos credores na recuperação de empresa insolvente**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 84, *apud* SCHULZ, DIRK, *Treupflichten unter Insolvenzgläubigern*, Köln, 2003, p. 7.

Em relação ao tema da cessão de crédito, destaca-se que há perigo de abuso, também, na ocorrência de voto por procuração. No caso de voto proferido por mandatário, em que pese esta possibilidade seja lícita em nosso ordenamento, há de se atentar se a outorga de poderes não representaria “indicativo de uma cessão de crédito não informada, com o propósito de não revelar a identidade do cessionário, que pode ser o próprio devedor, pessoa interposta, proibida de votar ou com nítido interesse fraudulento”²³⁶.

Para além do exercício do direito de voto em observância ao interesse de outrem, destaca-se, como referido, o exercício do voto em observância à interesse que, não obstante seja do credor, não esteja ligado ao crédito relacionado à recuperação judicial.

Estas situações se configurariam quando um determinado credor tem interesse em receber o seu crédito, mas, por conta de outras relações jurídicas às quais está vinculado, apresenta também interesses conflitantes²³⁷ com o escopo da recuperação judicial, cenário que poderia levar a um voto abusivo. Não se objetiva, aqui, sustentar que o direito de voto dos credores é exercido de forma isolada a qualquer interferência externa, até porque se sabe que, na prática, inúmeros são os interesses que confluem para formar o voto do credor, sendo de difícil constatação qual foi o predominante²³⁸.

O que deve haver é um balanço entre os interesses, de modo a não permitir que interesses externos sejam mais relevantes na tomada de decisão de voto pelo credor do que os interesses propriamente ligados ao crédito submetido ao processo recuperacional. E, nestas situações em que restar claro que interesses externos houverem sido os primordiais na decisão final do credor, restará configurado o abuso do direito de voto.

Neste sentido, entende-se que também poderiam ser enquadrados no inciso II as hipóteses de voto proferido por um credor que vise beneficiar sua situação de concorrente da empresa devedora, situação referida supra (item 4.1). Isto porque, apesar de, nesta situação, o credor manifestar seu voto visando o prejuízo da devedora – o que levaria ao reconhecimento do voto

²³⁶ FEIJÓ, Guilherme Queirolo. **Fundamentos e contornos dogmáticos do controle judicial do exercício do direito de voto no processo de recuperação judicial**. 2018. 206f. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 64.

²³⁷ O conflito de interesses resta configurando “quando os interesses existentes de diferentes sujeitos se relacionam e são incompatíveis, ou seja, quando a satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável à satisfação de uma necessidade distinta” (ARAGÃO, Paulo Cezar. Apontamentos sobre Desvios no Exercício do Direito de Voto. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Tavares (coords.) *et alli*. **Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. Quartier Latin, São Paulo, 2013, p. 189, *apud*, CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto procesuale civile*. Padova: Cedam, 1936, v. I, p. 13).

²³⁸ CRIPPA, Carla Smith de Vasconcellos. **O abuso de direito na recuperação judicial**. 2013. 202f. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 102.

como abusivo com fundamento no inciso I –, também se verifica que estaria votando motivado por seus interesses mercadológicos, e não por aqueles relacionados especificamente à satisfação de seu crédito.

No citado caso da Varig Logísticas S/A²³⁹, poder-se-ia, inclusive, sustentar que o voto proferido pela empresa credora Atlantic Aviation Investment LLC deu-se com fundamento no interesse de terceiro, o da concorrente Lan Chile, empresa aeroviária da qual a credora referida é acionista de grande porte. Ou seja, a abusividade, aqui, residiria no fato de o credor estar expressando seu voto pela lógica do “concorrente” e não pela lógica do credor detentor de crédito submetido à recuperação.

Além desta hipótese de credores concorrentes, exemplo distinto é elencado por Christopher Frost, que levanta a questão sobre a possibilidade de que um credor que tenha créditos – e direito de voto – em mais de uma classe votar, em uma destas classes, a favor ou contra o plano, com o propósito de beneficiar o interesse que tem enquanto credor da outra classe²⁴⁰. Esta situação, para o autor, configuraria conflito de interesses²⁴¹, e, para o escopo deste trabalho, também se entende que representaria exercício abusivo do direito de voto, com fundamento no inciso II.

Do breve exposto, portanto, verifica-se que o que este inciso pretende é afastar a ocorrência de casos em que o credor votará com base em interesses distintos daqueles que detém especificamente enquanto credor. E isto se aplica a qualquer interesse – seja interesse de terceiros ou diverso interesse econômico do próprio credor votante²⁴² – que leve à utilização do voto para fim distinto do da recuperação do crédito²⁴³.

²³⁹ BRASIL. Foro Central Cível da Comarca de São Paulo/SP. Processo nº 0121755-70.2009.8.26.0100. Falido: Varig Logísticas S/A. Juíza: Dra. Renata Mota Maciel. Decisão proferida em: 05.10.2009. Disponibilizada em: 22.10.2009.

²⁴⁰ FROST, Christopher W. *Bankruptcy Voting and the Designation Power*. *American Bankruptcy Law Journal*, nº 87, p. 155-189, 2013, p. 178-179.

²⁴¹ Apesar de o autor entender que, nestas hipóteses, os votos deveriam ser afastados, nos exemplo a que alude, o da empresa *Adelphia Communications Corp.* a Corte julgadora entendeu que os votos proferidos em uma classe para beneficiar outra classe não deveriam ser afastados. O argumento utilizado foi o de que não havia previsão legal para desconsiderar os votos nesta situação, de modo que não caberia ao juízo estabelecer essa previsão no caso em concreto, principalmente por os credores não terem conhecimento anterior de que tal regra seria aplicada ao seu voto (*Ibidem*, p. 178-181).

²⁴² *Ibidem*, p. 178.

²⁴³ MOREIRA, Alberto Camiña. Abuso do credor e do devedor na recuperação judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coords.). **Dez Anos da Lei nº 11.101/2005 – Estudo sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 195.

3.3 Voto abusivo por existência de ajuste que conceda tratamento diferenciado ao credor

A última hipótese de abuso do direito de voto prevista pelo legislador no PL nº 10.220/2018 é a do inciso II, que se desenhará quando o credor “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”.

A submissão ao procedimento concursal, embora muitas vezes signifique um recebimento a menor, serve também como garantia aos credores do recebimento do crédito nas mesmas condições que aqueles que estão em posições semelhantes²⁴⁴. Ou seja, é possível, na legislação atualmente em vigor, a conferência de um tratamento diferenciado a credores de diferentes classes, haja vista a sua divisão em classes decorrer especificamente da ausência de similitude entre os interesses a serem tutelados, de modo que é inteligível, por vezes a necessidade de tratamento não homogêneo. Neste sentido, destaca-se o entendimento consolidado na primeira no Enunciado 57 Jornada de Direito Comercial CJP/STJ, que dispõe que:

O plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuam interesses homogêneos, sejam estes delimitados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e homologado pelo magistrado.

Para além disso, a jurisprudência pátria tem permitido o tratamento diferenciado para determinados credores, desde que baseados em critérios objetivos e justificáveis e desde que previsto no plano de recuperação aprovado na deliberação assemblear. Esta possibilidade tem sido permitida, regra geral, para os casos de credores parceiros ou colaborativos, que são aqueles que contribuem ativamente para o sucesso da recuperação, beneficiando indiretamente os demais credores através da concessão ao devedor de “novas linhas de crédito, adiantamentos, liberação de novos recursos, fornecimento continuado de bens e serviços em condições competitivas²⁴⁵.

Nenhum destes cenários narrados, no entanto, é o que configuraria o abuso do direito de voto na hipótese deste último inciso. A hipótese que pretende o PL aprovar, na verdade, é a que se configura quando já há um plano aprovado – não importando se este prevê algum tratamento diferenciado para determinada classe de credores – mas é realizado ajuste com o devedor

²⁴⁴ Trata-se, aqui, do princípio da igualdade entre os credores, isto é, o princípio da *par conditio creditorum* (aludido supra no Capítulo 2, item 3), que prevê uma satisfação proporcional do interesse de todos os credores que estejam inseridos em uma mesma classe.

²⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2222320-36.2017.8.26.0000. Agravante: Banco Safra S/A. Agravado: Lumarco Participações Ltda. e Outros. Relator: Des. Alexandre Marcondes. Julgado em: 30.07.2018. Disponibilizado em: 31.07.2018.

que faz com certos créditos sejam privilegiados de maneiras não previstas anteriormente no plano.

Esta ocorrência de ajustes com o devedor ou terceiro, com fins de garantir vantagens individuais, no regime do Decreto-Lei nº 7.645/29, era integralmente intolerável, tanto na concordata preventiva quanto na falência, configurando, à época, crime falimentar, conforme dispunha o art. 171, §10º. Já a LRF prevê, em seu art. 172, a tipificação da prática de favorecimento de credores, consubstanciada na disposição, oneração patrimonial ou constituição de obrigação com fins de favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais, o que pode acontecer antes ou depois da decisão que conceder ou da decisão que homologar a recuperação judicial²⁴⁶.

O PL nº 10.220//2018, por sua vez, dando um passo a frente do que dispõe a versão atual da LRF, pretende inovar ao garantir a nulidade desta espécie de negócio jurídico:

Art. 39. [...]

§ 10. É nulo o negócio em que o devedor ou o seu sócio ou administrador, em nome próprio ou por pessoa interposta, confira a credor vantagens não incluídas no plano de recuperação judicial, em contrapartida a qualquer manifestação, voto ou omissão em deliberação desta Lei.

E esta previsão de nulidade é justamente decorrente do fato de que, quando se oferece um tratamento diferenciado, não previsto no plano de recuperação, a um credor, “tem-se uma contrapartida indevida capaz de falsear a deliberação, que não será o resultado da avaliação do plano”²⁴⁷. Propõe-se, portanto, com a nulidade, uma espécie de proteção anterior ao exercício abusivo do direito de voto.

Para além disso, essa negociação, como aludido também no Capítulo Segundo (item 2.3), demonstra uma violação ao dever de lealdade que os credores tem uns com os outros, haja vista o credor que recebe contraprestação tratamento diferenciado na recuperação não incorrerem nos mesmos sacrifícios que os demais.

Destaca-se que a ocorrência de negociações entre credores e devedor não é vedada, pelo contrário, é plenamente possível. No entanto, para que seja configurada sua licitude, ela deve ser disponibilizada aos credores dotados das mesmas características – não deve ser individual –, além de ser fundamentada em critérios objetivos, que explicitem a motivação da diferenciação de tratamento.

²⁴⁶ NOSTRE, Guilherme Alfredo de Moraes. Art. 172. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101//2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 561.

²⁴⁷ FEIJÓ, Guilherme Queirolo. **Fundamentos e contornos dogmáticos do controle judicial do exercício do direito de voto no processo de recuperação judicial**. 2018. 206f. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 35.

Buschinelli sinaliza que o exercício de voto mediante contraprestação poderia ser abusivo nos cenários de existência de “celebração de contrato preliminar entre devedor e credor” e de “plano que prevê celebração de negócio jurídico com credor”²⁴⁸. Entende-se que ambas as hipóteses exemplificadas pelo autor poderiam ser citadas de modo a integrar determinado abuso na previsão do inciso III.

O primeiro cenário, de celebração de contrato preliminar entre o devedor e um credor trata de conjuntura que materializa não por uma contraprestação direta, mas por um benefício indireto, que distancia o credor da situação em que se encontram os demais, condicionado, obviamente, à aprovação do plano. A título exemplificativo, o autor menciona “um banco credor que celebre com o devedor um contrato preliminar para coordenar uma emissão de debentures caso o plano de recuperação seja aprovado”²⁴⁹.

Nesta hipótese, da jurisprudência elencada no capítulo anterior, poder-se-ia analisar, à luz deste dispositivo, a situação evidenciada na AGC recuperação judicial da empresa Algodoeira Sertaneja Ltda.²⁵⁰. Neste caso, conforme já referido supra (Capítulo 2, item 3), o Tribunal julgador entendeu como abusivo o voto de uma instituição financeira credora, haja vista ter votado contra o plano de recuperação judicial como uma espécie de vingança por não ter logrado a substituição da garantia real que seu crédito possuía. Além disso, no acórdão da decisão, mencionou-se que a credora havia condicionado seu voto a uma série de exigências, as quais foram atendidas pela empresa devedora, mas que, mesmo assim, acabou manifestando-se contrariamente ao plano.

É possível, em relação a este caso, realizar um exercício lógico por meio da análise de um quadro hipotético, referente à hipótese em que a referida credora tenha logrado substituir sua garantia e, além disso, tenha recebido todos os benefícios que havia exigido na fase negociada. Nesta conjuntura, outro credor ou terceiro poderia arguir que o voto favorável estaria evitado de abusividade, porquanto todas as exigências pleiteadas pela credora teriam sido acolhidas, representando um beneficiamento singular, em detrimento dos credores homogêneos. Eventual arguição de abusividade, no caso concreto, encontraria fundamento no inciso III proposto pelo PL em análise.

²⁴⁸ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 114-116.

²⁴⁹ *Ibidem*, pp. 114.

²⁵⁰ BRASIL. Foro da Comarca de Olho D'Água das Flores/AL. Pedido de Recuperação Judicial nº 0000407-22.2008.8.02.0025. Requerente: Algodoeira Sertaneja Ltda. Requeridos: Nestlé Brasil Ltda. e outros. Juíza: Dra. Larissa Gabriella Lins Victor Lacerda. Julgado em: 20.01.2011. Disponibilizado em: 25.01.2011.

No direito americano, Christopher Frost traz o exemplo do caso *In re Featherworks Corp.*, caso em que um credor, após receber uma prestação monetária de um acionista da empresa em recuperação, mudou o seu voto, antes contrário, para a favor do plano²⁵¹. Ainda, de acordo com o Tribunal que julgou o caso, caso algum credor receba uma vantagem especial e singular, o seu voto deixa de ser imparcial, não mais logrando cumprir com os objetivos propostos pela legislação²⁵².

O segundo cenário, mencionado por Buschinelli, em que o exercício do voto mediante contraprestação pode configurar abuso de direito é o do plano que preveja celebração de um negócio jurídico com um credor, com fins específicos de obter voto favorável ao plano²⁵³. O autor menciona que, neste caso, é menos provável de se verificar um abuso – e isto é confirmado pela ausência de julgados neste sentido –, na medida em que o plano a celebração de negócios jurídicos dá-se por um critério de conveniência da devedora, presumindo-se que o plano de recuperação é equitativo²⁵⁴.

Em relação a este último cenário, menciona-se episódio ocorrido nos autos da recuperação judicial da empresa Oi S.A., em que a devedora propôs a mediação com credores detentores de créditos de valores pouco expressivos²⁵⁵. A mediação consistia na proposta de uma cláusula no plano de recuperação judicial que previa o pagamento imediato aos denominados *Small Bondholders* – credores detentores de créditos de até R\$ 50.000,00 –, que, ao exercerem esta opção de pagamento adiantado, deveriam outorgar procuração a um mandatário com poderes expressos para votar a favor do plano.

Vários credores manifestaram-se no processo de recuperação judicial em sentido contrário à referida mediação, alegando que esta configuraria uma compra de votos pela empresa devedora, em flagrante abusividade. Entretanto, não foram acolhidos os pleitos dos demais credores, sendo deferida a mediação pelo juízo recuperacional.

É importante destacar, ao fim, a ligação estreita entre o disposto neste inciso III e o disposto no inciso II. Isto porque, mesmo diante de análise superficial, como representa desobediência ao princípio da igualdade entre os credores, pode-se entender que qualquer vantagem que for concedida pelo devedor a um dos credores será considerada uma vantagem indevida, e,

²⁵¹ FROST, Christopher W. Bankruptcy Voting and the Designation Power. *American Bankruptcy Law Journal*, n° 87, p. 155-189, 2013, pp. 163-164.

²⁵² *Ibidem*, p. 164.

²⁵³ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 115.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 116.

²⁵⁵ BRASIL. Foro da Comarca do Rio de Janeiro. Processo n° 0203711-65.2016.8.19.0001. Autores: Oi S.A e Outros. Julgador: Dr. Fernando Cesar Ferreira Viana.

consequentemente, ao exercer o direito de voto em atenção à contraprestação recebida, o credor estará perscrutando esta vantagem que não lhe deveria ser ofertada. A constatação do abuso do direito de voto, portanto, dar-se-á com duplo fundamento, objetivando adequar o conclave aos objetivos promovidos pela legislação.

CONCLUSÃO

A atual legislação recuperacional, em relação aos credores do devedor, impõe compulsoriamente a criação de uma coletividade, o que traz como consequência uma limitação ao exercício das prerrogativas individuais de cada um destes credores, de modo a conceder à maioria a deliberação sobre o resultado do processo de recuperação. Esta deliberação, caso objetado o plano, dá-se em sede da AGC, órgão da recuperação que emerge como um contraponto à vinculação obrigatória dos credores à coletividade, garantindo que os mais interessados na recuperação participem do processo.

Deste cenário surge a ideia dos princípios da participação ativa de da autonomia dos credores, no sentido de que eles são incentivados a participar de todo o procedimento, sendo, *a priori*, livres para pautarem sua atuação.

No entanto, a inserção dos credores em uma coletividade forma relações de intersubjetividade entre os credores uns com os outros e com o devedor, o que justifica que sejam delineados limites ético-jurídicos no exercício de sua autonomia. O abuso do direito de voto, objeto do presente trabalho, será configurado justamente quando foram ultrapassados estes limites impostos à atuação dos credores na AGC.

O problema, aqui, reside na circunstância de que a legislação não prevê expressamente quais são estes limites, de modo que se torna uma tarefa árdua defini-los. Em geral, adota-se como fundamento dogmático para pautar estes limites a regra geral do abuso do direito prevista no art. 187 do CC, como tem feito a jurisprudência, ou, ainda, os objetivos previstos como basilares da própria LRF.

Com isso, configura-se um cenário em que as decisões tomadas pelos credores são dotadas de certa soberania, em razão do princípio da autonomia e da deliberação majoritária. Entretanto, nas hipóteses excepcionais em que se configurar o abuso do direito de voto, fundamentado na necessária limitação à autonomia dos credores, poderá a decisão assemblear sofrer um controle do judiciário.

Com esta possibilidade de controle judicial, volta-se novamente à questão de definir quais são os parâmetros que levam à configuração de um voto como abusivo. A LRF incumbiu desta tarefa a doutrina e a jurisprudência, de modo que, levando-se em conta os argumentos encontrados na dogmática, somados a uma análise casuística das decisões dos Tribunais pátrios, possível realizar uma sistematização dos fundamentos, dividindo-os em três grupos: (i) o do voto abusivo com fundamento na inobservância do princípio da preservação da empresa; (ii) o

do voto abusivo com fundamento na inobservância da boa-fé em relação à empresa em recuperação; e (iii) o do voto abusivo com fundamento na inobservância do dever de lealdade para com os demais credores.

O primeiro dos grupos sistematizados leva em consideração o princípio basilar de todo o subsistema recuperacional: o da preservação da empresa. Assim, sempre quando a atividade se mostrar viável, ou seja, quando a empresa em recuperação demonstrar que realmente detém potencial para superar a situação de crise que enfrenta, os votos dos credores devem ser direcionados à manutenção de sua atividade. No entanto, não se olvida que o princípio da preservação da empresa relaciona-se a um outro princípio, o da retirada do mercado da empresa inviável, de modo que o primeiro pode e deve ser aplicado tão somente até o limite da sua viabilidade, sob pena de transferir o ônus da atividade empresarial aos credores.

O segundo grupo considera a expectativa que floresce no dever após a homologação do pedido de recuperação judicial. Esta expectativa se refere à espera de que os credores votem no plano de recuperação de forma íntegra e leal, observando, mesmo que minimamente, os pressupostos da boa-fé objetiva.

O terceiro e último grupo relaciona-se à necessidade de serem observados, quando do exercício do direito de voto, certos deveres fiduciários em relação aos demais credores e à coletividade da qual fazem parte. A necessidade de a conduta dos credores ser pautada por este dever de confiança está ligada à influência que suas ações têm nas esferas jurídicas dos demais, fazendo surgir uma espécie de dever negativo que impede a ocorrência de comportamentos contraditórios.

Contudo, esta sistematização criada à luz da do entendimento jurisprudencial perderá lugar se perpetradas as disposições intentadas pelo PL nº 10.220/2018, projeto que prevê uma delimitação das possibilidades de abuso do direito de voto apenas aos seguintes casos: (i) quando o credor se valer do voto para obter vantagem ilícita ou exclusivamente para prejudicar terceiro; (ii) quando o voto for exercido por conta, ordem ou interesse de outro que não o próprio credor.

Pelas propostas previstas no referido projeto, algumas situações que se considera abusivas seriam de fácil enquadramento nas disposições legais. A título exemplificativo, seriam considerados abusivos, à luz das novas disposições, o voto proferido por credor concorrencial com o objetivo de prejudicar seu concorrente; o voto proferido em certas ocasiões por credor que tenha seu crédito garantido por garantia pessoal ou por derivados de crédito; o voto proferido

por meio de cessão do direito de voto; o voto proferido em certos casos por credores que detenham créditos em mais de uma classe; e o voto proferido em razão de acordo preliminar individual entre credor e devedor.

A questão primordial analisada no presente trabalho é a da limitação da autonomia conferida aos credores na participação na AGC. Em que pese a difícil delimitação dos limites que são impostos à atuação dos credores, a doutrina e a jurisprudência, em razão da omissão legal, muito bem estabeleceram os parâmetros que devem ser observados para que um voto seja considerado como abusivo.

Ocorre que, ao analisar as disposições previstas pelo Projeto de Lei que está em tramitação, vê-se que grande parte da construção jurisprudencial levada a cabo nos treze anos de vigência da LRF perderá lugar se ele vier a ser aprovado. Em uma primeira análise, nos parece que o rol que prevê as hipóteses de voto abusivo – ou seja, que delimita a autonomia dos credores na AGC – é muito restrito, podendo vir a obrigar uma vinculação por parte do judiciário, de modo a impedir que sejam aplicados os entendimentos jurisprudenciais já consolidados sobre o tema.

Tal situação se mostra preocupante. Isto porque a ausência de disposição legal sobre o tema fez com que a jurisprudência construísse um entendimento que levou em consideração os princípios e valores que pautam todo o instituto da recuperação judicial, sistema que, mesmo apresentando certas falhas, garante uma tutela efetiva dos interesses que estão em jogo no processo de recuperação. As disposições do PL, diferentemente, são mais específicas, não resultando de uma análise de todo o subsistema, o que pode levar à permissão de votos que, em sua essência, ainda poderiam ser considerados como abusivos.

Deste modo, como na vigência da LRF a limitação ao exercício do direito de voto por parte dos credores sempre dependeu do entendimento exarado nas decisões do judiciário, espera-se que, caso aprovado PL, a jurisprudência continue auxiliando na adequação das disposições legais à realidade do processo recuperacional. Ao fim e ao cabo, o reconhecimento de votos abusivo é ferramenta de importante auxílio na garantia de que os objetivos previsto na legislação estão realmente sendo objetivados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Abuso de Minoria em Direito Societário (Abuso das Posições Subjetivas Minoritárias)**. 2010. 436f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Responsabilidade Civil Pré-contratual: reflexões de um jurista português (porventura) aplicáveis ao direito brasileiro. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.) *et alli*. **O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ARAGÃO, Paulo Cezar. Apontamentos sobre desvios no exercício do direito de voto. CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Tavares (coords.) *et alli*. **Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BAIRD, Douglas G. **Elements of Bankruptcy**. 6. Ed. Chicago: Foundation Press, 2014, p. 63.

BATISTA, Carolina Soares João; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando; MIYAZAKI, Renata Yumi, *et alli*. A prevalência da vontade da Assembleia-geral de credores em questão: o *Cram Down* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes. **Revistas de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Editora Malheiros, ano XLV, nº 143, pp. 202-242, julho/setembro de 2006.

BARUFALDI, Wilson Alexandre. **Recuperação judicial: estrutura e aplicação de seus princípios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 86.

BERTASI, Maria Odete Duque. Administrador Judicial, Comitê de Credores e Assembleia de Credores na Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.) *et alli*. **Comentários à nova lei de falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BOLCHI, Osvaldo Anicetto. Apresentação. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.) *et alli*. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BORGES FILHO, Daltro de Campos. A Eficiência da Lei 11.101 e os enunciados 44, 45 e 46 da 1.ª Jornada de Direito Comercial. In: MOREIRA, Alberto Camiña. Abuso do credor e do devedor na recuperação judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coords.). **Dez Anos da Lei nº 11.101/2005 – Estudo sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O poder dos credores e o poder do juiz na falência e recuperação judicial. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 936, pp. 43-67, out/2013.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

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

BRASIL. Comissão dos Assuntos Econômicos do Senado. **Parecer nº 534/2004 sobre o PL nº 71, de 2003, da Câmara dos Deputados**. Relator: Senador Ramez Tebet. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>.

BRASIL. **Exposição de motivos nº 00053/2018 do Projeto de Lei nº 10.220/2018**. Relator: Ministro da Fazenda Eduardo Refinetti Guardia. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927>>.

BRASIL. **Lei das Sociedades por Ações**. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>.

BRASIL. **Lei de Falências**. Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7661.html>.

BRASIL. **Lei de Fallencias**. Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-2024-17-dezembro-1908-582169-publicacaooriginal-104926-pl.html>>.

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

BRASIL. **Projeto de Lei nº 10.220/2018**. Autor: Poder Executivo. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927>>.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**. Edição nº 35: Recuperação Judicial -I. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BUSHATSKY, Daniel. Princípio da preservação da empresa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: COELHO, Fábio Ulhoa; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de (coords. de tomo). Tomo: Direito Comercial. 1. Ed. **Enciclopédia Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>>.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CARVALHO NETO, Frederico Costa; PASSARELI, Rosana. A função social da empresa. **Revista Prisma Jurídico**, vol. 15, nº 02, julho-diciembre. São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2016.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 2. Volume – arts. 75 a 137. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CEREZETTI, Sheila Cristina Neder. **A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações – O princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência**. São Paulo: Malheiros, 2012.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. O papel dos credores no *Bankruptcy Code*. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Editora Malheiros, ano XLVIII, nº 151/152, pp. 164-186, janeiro/dezembro de 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CORDEIRO, António Menezes. A Lealdade no Direito das Sociedades. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, vol. III, ano 66, dezembro de 2006. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-a-lealdade-no-direito-das-sociedades/>>, Acesso em: 05 de outubro de 2018.

CORDEIRO, António Menezes. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, ano 65, vol. II, setembro/2005. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>>, acesso em 03 de novembro de 2018.

COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12ª edição ver. E act. Coimbra: Edições Almedina, 2011.

CRIPPA, Carla Smith de Vasconcellos. **O abuso de direito na recuperação judicial**. 2013. 202f. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2013.

CUNHA, Lavínia Cavalcanti Lima. A boa-fé objetiva e os deveres acessórios de conduta nas relações civis e consumeristas. **Revista Refletindo o Direito**. Maceió, vol. 1, 2013. Disponível em: <<http://revistas.cesmac.edu.br/index.php/refletindo/article/view/175>>, acesso em 23 de outubro de 2018.

FEIJÓ, Guilherme Queirolo. **Fundamentos e contornos dogmáticos do controle judicial do exercício do direito de voto no processo de recuperação judicial**. 2018. 206f. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo. e Novaes. Disposições comuns à recuperação judicial e à falência. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.) *et alli*. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: COELHO, Fábio Ulhoa; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de (coords. de tomo). Tomo: Direito Comercial. 1. Ed. **Enciclopédia Jurídica da Pontifca Universidade Católica de São Paulo**. São Paulo: Pontifca Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>>.

FROST, Christopher W. *Bankruptcy Voting and the Designation Power*. **American Bankruptcy Law Journal**, nº 87, p. 155-189, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 2: Teoria geral das obrigações**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITÃO, Luís, Manuel Teles de Menezes. **Direito da Insolvência**. Coimbra: Almedina, 2012.

LOBO, Jorge. Da Assembleia-Geral de Credores. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.) *et alli*. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOBO, Jorge. Da Assembleia Geral de Credores. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.) *et alli*. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUNA, Evarardo da Cunha. **Abuso de direito**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959.

MACHADO, Rubens Approbato. Visão Geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que reforma o Decreto-Lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências) e cria o instituto da Recuperação da Empresa. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.) *et alli*. **Comentários à nova lei de falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARIANO, Álvaro A. C. **Abuso de Voto na Recuperação Judicial**. 2012. 326F. Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Teoria do Processo Civil**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 496.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Volume 25, 2. semestre 2003, pp. 229-284. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo - Novos Problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Diretrizes teórico-dogmáticas para a interpretação e aplicação do artigo 187 do Código civil – Renovação e Possibilidades da teoria do Abuso do Direito no Brasil**. 2007, 126f. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

MOREIRA, Alberto Camiña. Abuso do credor e do devedor na recuperação judicial. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coords.). **Dez Anos da Lei nº 11.101/2005 – Estudo sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015.

MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da Assembléia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) *et ali*. **Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NOSTRE, Guilherme Alfredo de Moraes. Art. 172. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101//2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Necessárias Alterações no Sistema Falimentar Brasileiro. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coords.). **Dez Anos da Lei nº 11.101/2005 – Estudo sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015.

PICOLO, Ângelo Antonio. **Natureza e Limites do Plano de Recuperação de Empresas (aspectos jurídicos e econômicos)**. 2012. 182f. Tese de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Os limites jurisdicionais do direito de voto em recuperação de empresas. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 18, nº 1, jan./abr., 2013. Itajaí: Editora da UNIVALI. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v18n1.p151-161>>, acesso em 10 de outubro de 2018.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Disposições preliminares. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101//2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. **Tomo V: Parte Geral**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. **Tomo XXVII: Concurso de credores em geral. Privilégios. Concurso de credores civil**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. **Limites da Autonomia dos credores na recuperação de empresa insolvente**. Coimbra: Almedina, 2013.

OLIVEIRA FILHO, João Glicério de; MOREIRA, Marcus Borel Silva. A boa fé objetiva nos planos de recuperação judicial/ *The objective good Faith in judicial recovery plan*. In: VII Encontro Internacional Do CONPEDI/Braga – Portugal. 2017, Braga, Portugal. **Anais de Direito Empresarial**. Florianópolis: COPENDI, 2017.

REIS, Carlos David R. Aarão. O fundamento da proteção possessória. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 34, n. 136, pp. 143-152. Brasília: Senado Federal, outubro/dezembro de 1997.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luiz Felipe. Objetivos e Princípios da Lei de Falências e Recuperação de Empresas. **Revista Síntese Direito Empresarial**, v. 26, 2012.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na lei 11.101/2005**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017.

SADDI, Jairo. Considerações sobre o Comitê e a Assembleia de Credores. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) *et ali*. **Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos Credores na Aprovação do Plano de Recuperação Judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Tavares (coords.) *et alli*. **Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SZTAJN, Rachel. Da Recuperação Judicial. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.) *et alli*. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 223.

SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembleias de credores na lei de recuperação de empresas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Editora Malheiros, ano XLIV, nº 138, pp. 53-70, abril/junho de 2005.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. O Plano de Recuperação e o Controle Judicial da Legalidade. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo, vol. 60, pp. 307-322, abr./2013.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Boa-fé no Código Civil brasileiro: dez anos de experiência. In: CASSERATI, Christiano (coord.); VIANA, Rui Geral Camargo. **10 anos de vigência do Código Civil Brasileiro de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2013.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências, vol. II**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Foro da Comarca de Olho D'Água das Flores/AL. Pedido de Recuperação Judicial nº 0000407-22.2008.8.02.0025. Requerente: Algodoeira Sertaneja Ltda. Requeridos: Nestle Brasil Ltda. e outros. Juíza: Dra. Larissa Gabriella Lins Victor Lacerda. Julgado em: 20.01.2011. Disponibilizado em: 25.01.2011.

BRASIL. Foro da Comarca do Rio de Janeiro. Processo nº 0203711-65.2016.8.19.0001. Autores: Oi S.A e Outros. Julgador: Dr. Fernando Cesar Ferreira Viana.

BRASIL. Foro Central Cível da Comarca de São Paulo/SP. Processo nº 0121755-70.2009.8.26.0100. Falido: Varig Logísticas S/A. Juíza: Dra. Renata Mota Maciel. Decisão proferida em: 05.10.2009. Disponibilizada em: 22.10.2009.

BRASIL. Foro Central Cível da Comarca de São Paulo/SP. Pedido de Recuperação Judicial nº 1116496-62.2018.8.26.0100. Autores: Agrenco do Brasil S/A e outros. Julgador: Dr. Marcelo Barbosa Sacramone. Julgado em: 02.08.2013. Disponibilizado em: 14.08.2013.

BRASIL. Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba/PR. Processo de Recuperação Judicial nº 2848-10.2016.8.16.0185. Autor: Construtora Cobec Ltda. Juíza: Dyele Denardin Zydek. Decisão proferida em: 22.08.2017. Disponibilizada em: 24.08.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Alagoas. Agravo de Instrumento nº 2011.002287-3. Agravante: Banco Nordeste do Brasil S/A. Agravada: Algodoeira Sertaneja Ltda. Relator: Des. Washington Luiz D. Freitas. Julgado em: 02.05.2012. Disponibilizado em: 11.05.2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0079.12.070441-0/005. Agravante: Art Plásticos Comércio e Indústria de Embalagens Plásticas Ltda. -ME. Relatora: Des^a. Sandra Fonseca. Julgado em: 24.05.2016. Disponibilizado em: 03.06.2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 1738913-8. Agravante: Banco do Brasil S/A Agravada: Construtora Cobec Ltda. Interessado: Joaquim José Gruphofer Rauli. Relator: Des. Rui Portugal Bacellar Filho. Julgado em: 14.03.2018. Disponibilizado em: 26.03.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento no 0037321-84.2011.8.19.0000. Agravante: Sindicato dos Empregados no Comércio de Duque de Caxias, São João de Meriti, Magé e Guapimirim. Agravado: Supermercado Alto da Posse Ltda. Relator: Des. Milton Fernandes de Souza. Julgado em: 13.12.2011. Disponibilizado em: 09.01.2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 005246-37.2017.8.19.0000. Agravante; Banco Volkswagen S.A. Agravada: Disnave Distribuidora de Veículos S.A. Em Recuperação Judicial. Relator: Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes. Julgado em: 03.04.2018. Disponibilizado em: 06.04.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0060211-41.2016.8.19.0000. Agravante: Banco Santander (Brasil) S.A. Agravados: Life Imagem Diagnósticos por Imagem Clínica Médica e Participações S.A. Relator: Des. Guaraci de Campos Vianna. Julgado em: 14.03.2017. Disponibilizado em: 15.03.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70074642323. Agravante: Banco do Brasil S/A. Agravados: Varal Cama, Mesa e Banho Ltda. e outros. Relatora: Des^a Lusmary Fatima Turelly da Silva. Julgado em. 29.11.2017, Disponibilizado em 04.12.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2015.045438-8. Agravante: Metalúrgica Duque S/A (em Recuperação Judicial) e outro. Agravado: Itaú Unibanco S/A. Relator: Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva. Julgado em 18.02.2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0099076-46.2013.8.26.0000. Agravante: Banco Bradesco S.A. Agravada: Óticas Voluntários Ltda. (em Recuperação Judicial). Relator: Des. José Reynaldo. Julgado em: 03.02.2014. Disponibilizado em: 06.02.2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0106661-86.2012.8.26.0000. Agravante: Banco Itaú S/A. Agravada: Distribuidora Carbonari Ltda. Relator: Des, Francisco Loureiro. Julgado em: 03.07.2014. Disponibilizado em: 18.08.2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0122038-44.2005.8.26.0000. Agravante: National Bank Of Egypt Limited [nova denominação de National Bank of Egypt International Limited]. Agravada: Parmalat participações do Brasil Ltda. [em recuperação judicial] Relator: Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. Julgado em: 15.03.2006. Disponibilizado em: 16.04.2006

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0146029-05.2012.8.26.0000. Agravantes: Companhia Albertina Mercantil e Industrial (em Recuperação Judicial) e outros. Agravados: Raízen Tarumã S/A e outros. Relator: Des. Araldo Telles. Julgado em: 10.04.2015. Disponibilizado em: 13.04.2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0164541-02.2013.8.26.0000. Agravante: Ratre Participações Ltda. Agravadas: Agrengo do Brasil S/A e outros. Relator: Des. Fores Barbosa. Julgado em: 06.02.2014. Disponibilizado em: 11.02.2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0342925-26.2009.8.26.0000. Agravante: Banco do Brasil S/A. Agravada: NTL Têxtil Ltda. (Em Recuperação Judicial). Relator: Des. Romeu Ricupero. Julgado em: 18.08.2009. Disponibilizado em: 27.08.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2023163-19.2016.8.26.0000. Agravantes: Vidro Real e Comércio Ltda., e outro. Agravado: Cerâmica Gytoku Ltda. Relator: Des. Hamid Bdine. Julgado em: 13.07.2016. Disponibilizado em: 21.07.2016; e BRASIL. TJSP. Agravo de Instrumento nº 2022697-25.2016.8.26.0000. Agravante: Cerâmica Gytoku Ltda. Relator: Des. Hamid Bdine. Julgado em: 13.07.2016. Disponibilizado em: 21.07.2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2082159-10.2016.8.26.0000. Agravantes: Itaú Unibanco S/A e Outros. Agravados: Shaim Engenharia e Outros. Relator: Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira. Julgado em: 13.03.2017. Disponibilizado em: 12.04.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 21589699-94.2014.8.26.0000. Agravante: Banco do Brasil S/A. Agravada: BBLC Empreendimentos e Serviços Ltda (em recuperação judicial). Relator: Des. Tasso Duarte de Melo. Julgado em: 07.04.2015. Disponibilizado: 10.06.2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2222320-36.2017.8.26.0000. Agravante: Banco Safra S/A. Agravado: Lumarco Participações Ltda. e Outros. Relator: Des. Alexandre Marcondes. Julgado em: 30.07.2018. Disponibilizado em: 31.07.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp nº 96.501/RS. Agravante: Irio Luiz Carlos Posselt. Agravado: Itaú Unibanco S.A. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Julgado em: 06.08.2013. Disponibilizado em: 20.08.2013.

BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 1.359.311. Recorrente: Braidol-Leme Indústria Química Ltda. Recorrido: Rei Frango Abatedouro Ltda. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 09.09.2014. Disponibilizado em: 30.09.2014.