

**FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS**

**O DIREITO DE VOTO E OS LIMITES DE SEU EXERCÍCIO NA  
RECUPERAÇÃO JUDICIAL:**

**O norte hermenêutico trazido pelo artigo 47 da Lei 11.101 de 2005**

Nova Lima  
2012

ALDO EDUARDO SANTOS SILVA

**O DIREITO DE VOTO E OS LIMITES DE SEU EXERCÍCIO NA  
RECUPERAÇÃO JUDICIAL:  
O norte hermenêutico trazido pelo artigo 47 da Lei 11.101 de 2005**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós graduação *stricto sensu*, Mestrado em Direito, da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

**Área de concentração:** Direito Empresarial

**Orientador:** Prof. Dr. Vinícius José Marques Gontijo

Nova Lima  
2012

SILVA, Aldo Eduardo Santos  
S586 d O direito de voto e os limites de seu exercício na recuperação judicial: o norte hermenêutico trazido pelo artigo 47 da lei 11.101, de 2005. / Aldo Eduardo Santos Silva. – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2012

96 f. enc.

Orientador: Prof. Dr. Vinícius José Marques Gontijo

Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, área de concentração Direito Empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos.

Bibliografia: f. 91-95

1. Recuperação judicial. 2. Assembleia geral de credores. 3. Voto. 4. Abuso de direito de voto. 5. Voto – limites ao exercício. Gontijo, Vinicius José Marques. II. Faculdade de Direito Milton Campos III. Título

CDU 347.725(043)  
174.4:658



Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada “O DIREITO DE VOTO E OS LIMITES DE SEU EXERCÍCIO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: O norte hermenêutico trazido pelo artigo 47 da Lei 11.101, de 2005”, de autoria do mestrando Aldo Eduardo Santos Silva, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

---

Prof. Dr. Vinícius José Marques Gontijo  
(Orientador)

---

Prof. Dr. Alexandre Bueno Cateb  
(Faculdade de Direito Milton Campos)

---

Prof. Dr. Tiago Gomes de Carvalho Pinto  
(Centro Universitário UNI-BH)

---

Prof. Dra. Maria Celeste Morais Guimarães  
(Faculdade de Direito Milton Campos)

Nova Lima - MG, 31 de maio de 2012.

Aos meus queridos pais, Jadir Silva, Rosângela Aparecida dos Santos Silva; e irmãs, Karina Santos Silva e Amanda Santos Silva, pelo suporte e confiança incondicionais.

## AGRADECIMENTOS

Aos meus amigos, próximos e distantes, pela compreensão dos momentos de minha ausência;

Aos meus alunos, pela constante motivação em continuar aprendendo para poder ensinar.

Aos professores da Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Empresarial, em especial, aos professores Hugo Leonardo Teixeira e Thales Poubel Catta Preta Leal, pela motivação e lapidação intelectual que me propiciaram seguir no caminho dos estudos acadêmicos.

Aos diretores, coordenadores, professores, em especial, aos Professores Luiz Fernando da Silveira Gomes, Jason Soares Albergaria Neto, Alexandre Bueno Cateb, Vinícius José Marques Gontijo, Ricardo Adriano Massara Brasileiro, Mônica Mata Machado Castro, Élcio Fonseca Reis; secretárias, e demais funcionários do Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos, pelo incentivo pessoal e intelectual.

Ao Prof. Dr. Vinícius José Marques Gontijo, inicialmente, por ter me iniciado no estudo aprofundado do Direito Empresarial, no ano de 2006, quando o conheci. Pelos conselhos e demonstrações de amizade, que se fortaleceram ao longo de todo o curso, mesmo em momentos de maior distância física; por ter acreditado em mim, sendo meu orientador; pelas aulas, rigor acadêmico e infinitos questionamentos que me propiciaram redigir este trabalho; e, por fim, por ter-me proporcionado iniciar a carreira do magistério.

Aos meus colegas de mestrado, especialmente ao Antônio Augusto, ao Rodolpho Soares e ao Cristiano, pelas quase infindáveis discussões acadêmicas, sempre resultando em indelévels aprendizados.

Aos meus amigos e colegas de profissão, Aline Santos Pedrosa Maia Barbosa, Alex Dias e Henrique de Faria Ribeiro, pelos ensinamentos, pelas palavras de incentivo, auxílio e compreensão em momentos de ausência.

Ao mestre e amigo Luiz Guilherme de Melo Borges, pela oportunidade de crescimento pessoal, profissional e pelas manifestações de apoio, amizade e consideração.

Aos meus companheiros de labuta, Genário, Carla, Bruno, Marcelo e Carime, pelo suporte na condução das minhas atividades como advogado, sem o que não teria a tranquilidade para redigir este trabalho.

À família Otoni Rocha, principalmente à Sofia, Ângela, Amanda e “Bué”, pelo respeito, paciência e carinho incondicionais.

Ao Direito cumpre reduzir ao mínimo, quando não eliminar a perspectiva de abuso, dando às partes tratamento igual. A natureza humana reclama o equilíbrio da igualdade. Não se pode rompê-lo inconsequentemente sem medir-lhes as consequências.

*Alberto Gomes da Rocha Azevedo*



## RESUMO

Com o advento da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, instaurou-se em nosso ordenamento jurídico o instituto da recuperação de empresas. Tal instituto foi fruto da percepção histórica da importância da atividade empresária no contexto das sociedades, vindo a se transformar em importante vetor de desenvolvimento. Desta feita, a evolução da legislação se fez necessária, em virtude da necessidade de que as empresas, assim compreendidas como atividades fomentadoras do desenvolvimento tecnológico, cultural, social, econômico e estatal, tivessem regramentos que lhes revestissem de determinadas proteções. O entendimento da evolução das teorias do Direito Empresarial é fundamental, para que se compreenda o instituto da recuperação judicial de empresas, bem como sua função. A substituição dos institutos das concordatas preventiva e suspensiva pela recuperação de empresas foi necessária para se trazer maior eficiência para o empresário em situação de crise que busca se reerguer. A assembleia geral de credores, presente na recuperação judicial, se trata de é um órgão colegiado cuja função, quando convocada, é a de deliberar sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação econômico-financeiro apresentado pelo devedor. Dita deliberação é exercida através do exercício do direito de voto. A despeito disso, a legislação atualmente em vigor não estabelece critérios para que se possa avaliar se o exercício do voto dado em assembleia possui limites, e nem mesmo rege a possibilidade do exercício do voto de forma abusiva. Aparentemente, o interesse do credor em assembleia de credores é a satisfação de seu crédito, contudo, a Lei 11.101/2005 e os princípios que norteiam o instituto da recuperação de empresas afastam tal entendimento. Assim, verifica-se que o exercício ao direito de voto na assembleia geral de credores, quando de sua convocação na recuperação judicial, possui limites, bem como há a possibilidade de que tal exercício seja esteja eivado de abusividade.

**Palavras-chave:** Recuperação Judicial. Assembleia Geral Credores. Voto. Abuso. Abuso de direito de voto em assembleia geral de Credores. Limites ao exercício do voto.

## ABSTRACT

The establishment of the institute of corporate recovery was introduced in our legal system by the arrival of Law n. 11.101, of February, 2005. This institute was the result of a historical view of the importance of corporate activities in the context of societies, these activities coming to be transformed into an important vector of development. Thus, the evolution of the legislation was necessary, in view of the need for the corporations dealing with activities that stimulate technological, cultural, social, economic and state development to have rules that granted them a certain protection. It is fundamental to understand the evolution of theories on the Corporate Law, so as to understand the institution of the corporate judicial recovery, as well as its function. It was necessary to replace the institutes of suspension and preventive receiverships changing them into corporate recovery, to afford a greater efficiency to the businessman who looks for recovery, when coming to a crisis. The general creditors meeting, appearing in the judicial recovery consists of a board of counselors whose function, when called, is to deliberate on approval, rejection or modification of the economic-financial recovery presented by the debtor party. This deliberation is carried out through the right to vote. Nevertheless, the present legislation in force, neither establishes criteria to estimate whether the right to vote, granted at the meeting, is limited, nor governs the possibility of exercising the vote abusively. Apparently, the creditor interest in a creditors' meeting is the compensation of his credit, but Law n. 11.101/2005 and principles that guide the institute of corporate recovery reject this understanding. Thus, we verify that the right to vote, in a general creditors meeting, when called, in case of judicial recovery, has limits, as well as there exists the possibility of this vote being corrupted by abuse.

**Keywords:** Judicial Recovery. General Creditors Meeting. Vote. Abuse concerning the right of vote in Creditors Meeting. Limits to vote.

## LISTA DE FIGURAS

<b>Figura 1:</b> Quadro sinótico da ponderação de fins e de princípios .....	43
--	----

## LISTA DE SIGLAS

AGC	Assembleia Geral de Credores
AI	Agravo de Instrumento
CC	Código Civil
CDC	Código de Direito do Consumidor
LFRE	Lei de Falências e Recuperação de Empresas
LRE	Lei de Recuperação de Empresas
RJTAMG	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de Minas Gerais
S.A.	Sociedade Anônima
SP	São Paulo

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>2</b>	<b>A TEORIA DA EMPRESA E SUA INFLUÊNCIA NO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL</b> .....	<b>14</b>
2.1	A Teoria da Empresa – Notas Introdutórias .....	14
2.2	Evolução histórica das Teorias do Direito Comercial .....	16
2.2.1	<i>A Preservação da empresa e sua relação com a Recuperação Judicial</i> .....	25
2.3	Evolução da concordata para a recuperação de empresas.....	28
2.4	Objetivos da Recuperação de Empresas.....	36
2.5	Natureza Jurídica da Recuperação Judicial .....	38
2.6	Princípios em que se funda a Recuperação Judicial.....	41
2.7	Pedido de Recuperação Judicial .....	44
<b>3</b>	<b>A ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES (AGC)</b> .....	<b>45</b>
3.1	Natureza jurídica e hipóteses de convocação na Recuperação Judicial .....	45
3.2	Composição .....	50
3.3	Atribuições .....	53
<b>4</b>	<b>O DIREITO DE VOTO E SEU EXERCÍCIO NA AGC</b> .....	<b>55</b>
4.1	O voto como exercício de um direito .....	55
4.2	Limitações ao exercício do direito de voto .....	59
4.3	Os interesses envolvidos no voto na AGC.....	62
<b>5</b>	<b>O ABUSO DO DIREITO DE VOTO NA AGC</b> .....	<b>67</b>
5.1	Da dissociação entre abuso de direito, fraude e desvio de poder .....	67
5.2	Aspectos legais sob a perspectiva das teorias do abuso de direito... ..	70
5.3	O direito de voto e seu abuso na Lei 6.404/76 .....	75
5.4	O voto e o abuso do direito de voto na AGC.....	82
5.4.1	<i>O artigo 47 da Lei 11.101/2005 como orientador do voto</i> .....	86
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>89</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>91</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo que ora se apresenta tem por fim analisar o voto e os limites do exercício de tal direito na assembleia geral de credores, quando convocada, em um procedimento de recuperação judicial.

O diálogo de fontes e o cotejo dos elementos históricos relacionados com a evolução do direito empresarial, culminou com o ingresso do instituto da recuperação judicial em nosso ordenamento jurídico, em substituição às concordatas preventivas e suspensivas.

Assim, apresentado o plano de recuperação judicial, havendo oposição por qualquer dos credores, convocar-se-á a assembleia geral de credores para, através do voto, deliberar sobre a aprovação, rejeição ou modificação do referido plano.

Ocorre que a legislação não determina explicitamente o que seria o abuso do direito de voto e nem mesmo se o exercício desse direito possui limites no procedimento judicial recuperacional.

Para o estudo da existência dos limites ao exercício do direito de voto e a possibilidade de seu abuso, apresentamos a presente análise em cinco capítulos, incluindo-se esta introdução, a saber:

No segundo capítulo, apresenta-se uma perspectiva histórica da evolução das teorias da empresa, bem como sua relação e influência no instituto da recuperação judicial. Para tanto, abordam-se as teorias objetiva, subjetiva e subjetiva moderna da empresa; a evolução da concordata para a recuperação judicial, os objetivos desta, sua natureza e princípios.

No terceiro capítulo será feita uma digressão sobre a assembleia geral de credores, sua natureza jurídica, hipóteses de convocação, composição e atribuições.

No quarto capítulo será tratado o direito de voto na assembleia geral de credores, verificando, preliminarmente, a natureza do voto e, por conseguinte, os limites ao exercício desse direito. Propor-se-á, também neste capítulo, critérios para identificar tais limites.

No quinto e último capítulo serão abordadas as diferenças entre o que seja abuso de direito, fraude e desvio de poder, adentrando na percepção do abuso de

direito e suas teorias. Abordar-se-á, também nesse capítulo, o abuso de direito de voto na lei no anonimato e o direito de voto e seu abuso na recuperação judicial. Por fim, indicaremos o dispositivo legal presente na Lei 11.101/2005 que se presta a embasar a recuperação judicial, servindo como indicativo legal para se aferir os limites do exercício do direito de voto.

## 2 A TEORIA DA EMPRESA E SUA INFLUÊNCIA NO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

### 2.1 A Teoria da Empresa – Notas Introdutórias

O desenvolvimento das relações humanas ao longo da história retrata de forma cristalina a necessidade de que o Direito incida sobre os fatos comerciais e sociais de forma eficaz.

O que interessa para o presente trabalho é justamente verificar, neste capítulo, aspectos do Direito sob o prisma das interações comerciais, apontando as teorias que nortearam o legislador ao construir os sistemas normativos que iriam, então, reger as relações que impactavam a ordem econômica e política estabelecida em cada época, relacionando-a com a vigência do atual sistema jurídico trazido pela Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (Lei 10.604, de 10 de janeiro de 2002), podemos observar claramente a adoção pelo legislador brasileiro da teoria da empresa, ou teoria subjetiva moderna, alterando a bússola condutora do então Direito Comercial que apontava, à luz do Código Comercial brasileiro de 1.850, para a teoria dos atos de comércio (teoria objetiva), advinda do código civil napoleônico, passando a apontar para a direção da empresa, assim compreendida como atividade.

Para a plena compreensão da relação existente entre a recuperação judicial e a teoria da empresa, temos que atentar para a evolução das teorias comercialistas, compreendidas, de acordo como Rubens Requião<sup>1</sup>, em conceitos subjetivo, objetivo e subjetivo moderno.

Culmina-se, então, no sistema jurídico pátrio, a adoção da teoria subjetiva moderna, com a retratação do que seja o empresário, contido no artigo 966 do Código Civil, alicerçando, dessa forma, um raciocínio estruturado que interliga a teoria da preservação da empresa e a recuperação judicial.

---

<sup>1</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v.1. p. 9-15.



Diversas são as discussões a respeito da problemática definição de empresário. A esfera conceitual, a nosso ver, mostra-se, do ponto de vista de segurança jurídica, frágil, conforme retratado por Vinícius José Marques Gontijo, que assim leciona:

Não se nega que *monis definitio in iure periculosa est*. A utilização do método dedutivo aplicado na Civil Law demanda a constante busca da definição, do conceito e de suas limitações, conforme magistralmente leciona Mizabel de Abreu Machado Derzi:

“A teoria geral e a ciência do Direito foram fortemente influenciadas pelo conceito geral abstrato, classificatório. Segundo a lógica tradicional, a abstração conceitual, desencadeada pela percepção sensível de um objeto concreto (cujas peculiaridades ou determinações múltiplas nele se uniram, possibilitando o seu existir concreto), vem a ser o processo pelo qual se dá a separação, a percepção isolada e, ao mesmo tempo, a denominação e a determinação genérica das características do objeto. Será omitido aquilo que não for considerado essencial para a regulamentação jurídica.

Para Aristóteles, dois traços caracterizam toda espécie de ciência: a abstração e a dedução. A ciência procede por abstração, seccionando a realidade, despojando as coisas, que sejam objeto de estudo, dos caracteres que não lhe interessam. Da mesma forma, na ciência os conhecimentos derivam uns dos outros, em rigorosa sequencia, obtida de maneira apodítica.

O conceito secciona, seleciona. Quanto maior, então, for a abstração, tanto mais abrangente será o conceito, porque abrangerá um maior número de objetos e, em contrapartida, tanto mais vazio será de conteúdo e significado.<sup>2</sup>

Destarte, a conceituação que descreve racionalmente o fenômeno se despoja de variações ocorridas em concreto, muitas vezes prejudicando a sua total percepção.”<sup>3</sup>

Da lição citada, conclui-se que a esfera conceitual para definir o que seja empresário mostra-se de extrema dificuldade, dada às vicissitudes da própria atividade comercial, que, em todo seu dinamismo, transmuta-se indefinidamente, obrigando aos doutrinadores a acompanharem e estudarem todas as alterações verificadas no comércio, para, novamente, trazerem um conceito de empresário.

Vinicius José Marques Gontijo, citando Misabel de Abreu Machado Derzi, elucida tal dificuldade:

<sup>2</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 35.

<sup>3</sup> GONTIJO, Vinícius Marques José. O empresário no novo código civil brasileiro. **RJTAMG**, Belo Horizonte, v. 94, p. 17-362, 2004.

Misabel de Abreu Machado Derzi bem sintetizou a diferença entre o conceito e o tipo:

De um lado, encontramos o topo com ordem rica de notas referenciais ao objeto, porém renunciáveis, que se articulam em uma estrutura aberta à realidade, flexível, gradual, cujo sentido decorre dessa totalidade. Nele, os objetos não se subsumem, mas se ordenam, segundo método comparativo que gradua as formas mistas ou transitivas.

De outro lado, observamos os conceitos fechados que se caracterizam por denotar o objeto através de notas irrenunciáveis, fixas e rígidas, determinantes de uma forma de pensar seccionada da realidade para a qual é básica a relação de exclusão. Através dessa relação, calcada na regra da identidade, empreendem-se classificações com separação rigorosa entre as espécies.

O tipo propriamente dito, por suas características, serve mais de perto a princípios jurídicos como o da igualdade, o da funcionalidade e permeabilidade às mutações sociais e o da justiça.<sup>4</sup>

Assim, a melhor forma, a nosso ver, para definirmos o que seja empresário, é a percepção da existência dos elementos fáticos jurídicos que estão presentes no *caput* do artigo 966 do Código Civil. Em outras palavras, o método tipológico de definição é o mais adequado, vez que, mesmo presentes alterações e/ou variações nos ditos elementos fáticos jurídicos, presente estará, para o Direito, a definição de empresário.

Destarte, verificados os quatro elementos fáticos jurídicos tipificados no artigo 966 do Código Civil, quais sejam, (i) profissional (pessoa física ou jurídica); (ii) atividade econômica (*animus lucrandi*); (iii) organização (dos fatores da produção); (iv) produção ou circulação de bens ou serviços, presente estará, para o Direito, a figura do empresário.

## 2.2 Evolução histórica das Teorias do Direito Comercial

Desde os primórdios, o ser humano reúne-se em grupos de convivência no intuito de satisfazer suas necessidades e compartilhar seus interesses comuns. Neste primeiro momento, observou-se que o comércio em sua forma mais primitiva se dava através do escambo de produtos entre os indivíduos, equilibrando a equação, escassez, sobras e excessos, daquilo que era produzido, maximizando sua utilidade.

---

<sup>4</sup> GONTIJO, Vinícius Marques José. O empresário no novo código civil brasileiro. **RJTAMG**, Belo Horizonte, v. 94, p. 27, 2004.

Nesse sentido, Rubens Requião assim leciona: “Essa fase primitiva da sociedade, caracterizada pela permuta dos produtos do trabalho individual efetuada diretamente de produtor a consumidor, em movimento equivalente, chama-se de economia de troca.”<sup>5</sup>

De tal entendimento doutrinário, necessária se faz a compreensão do conceito econômico de comércio, também esclarecido pelo autor supracitado, aduzindo que “*Como fato social e econômico, o comercio é uma atividade humana que põe em circulação a riqueza produzida, aumentando-lhe a utilidade.*”<sup>6</sup>

A economia de troca – produto x produto – evolui para a economia de mercado – produto x moeda –, substituindo-se a equivalência entre produtos pela equivalência monetária representativa de cada produto específico, viabilizando a especialização da produção, fazendo com que o produtor utilize a moeda como meio de otimizar sua produção.

Civilizações antigas, como os fenícios, foram pioneiras na atividade comercial. Sua posição geográfica estratégica (Mar Mediterrâneo) propiciou o desenvolvimento do comércio, contudo sem que, com isso, fizesse-se presente um sistema de normas que se pudesse denominar de Direito Comercial.

Frederico Viana Rodrigues constata tal fato. Vejamos:

O comércio desenvolveu-se em larga escala dentre as civilizações primitivas, mas, a despeito disso, não se pode afirmar, pela escassez de elementos históricos, haver nas remotas sociedades um direito autônomo, com princípios, normas e institutos sistematizados, voltado à regulamentação da atividade mercantil.<sup>7</sup>

Na Idade Média, marco histórico para o surgimento do Direito Comercial, o comércio desenvolve-se de maneira mais acelerada, através do tráfico mercantil.

Do tráfico mercantil e da ausência de regulação estatal, os comerciantes atuantes reuniram-se em grupos denominados Corporações de Ofício, tornando-se um organismo de destaque na sociedade.

---

<sup>5</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v.1. p. 4.

<sup>6</sup> *Ibidem*. p. 4.

<sup>7</sup> RODRIGUES, Frederico Viana. Autonomia do direito de empresa no novo código civil. In: VIANA, Frederico Rodrigues (Coord.). **Direito de empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15.

Frederico Viana Rodrigues pontua tal fato histórico da seguinte forma:

Com o incremento do comércio, fortaleceram-se os grupos profissionais dos mercadores, chamados de corporações de ofício. Bem organizadas, as corporações passaram a tutelar os interesses de seus membros em face da impotência do Estado<sup>8</sup>.

A força das corporações de ofício torna-se mais latente no momento em que estas passam a tutelar e a constituir formas autônomas de solução de conflitos, que se deram através da criação de regras próprias com poder de autotutela e autojurisdição.

Surgem, então, os primeiros textos codificados de legislação comercial, chamados estatutos, elaborados principalmente nas cidades em que o comércio já estava bem desenvolvido, como nas regiões da Itália e Espanha.

Como se observou, nesta primeira fase do Direito Comercial as corporações de ofício utilizavam, como regulamentações jurídico-comerciais, os usos e costumes mercantis como fontes de seu Direito Comercial próprio.

Na elaboração das regras, não se percebia ainda a atuação do Estado, sendo que cada corporação de ofício detinha seus próprios usos e costumes, sendo o Direito aplicado pelos cônsules eleitos pelos próprios membros.

Fabio Ulhoa Coelho chega a utilizar a expressão “pseudo sistematização”, em razão da não intervenção estatal na elaboração do Direito Comercial, aduzindo que:

Na Idade Média, o comércio já havia deixado de ser atividade característica só de algumas culturas ou povos. Difundiu-se por todo o mundo civilizado. Durante o Renascimento Comercial, na Europa, artesãos e comerciantes europeus reuniam-se em corporações de ofício, poderosas entidades burguesas (isto é, sediadas em burgos) que gozavam de significativa autonomia em face do poder real e dos senhores feudais. Nas corporações de ofício, como expressão dessa autonomia, foram paulatinamente surgindo normas destinadas a disciplinar as relações entre os seus filiados. Na Era Moderna estas normas pseudo-sistematizadas serão chamadas de Direito Comercial. Nesta sua primeira fase de evolução, ele é o direito aplicável aos membros de determinada corporação dos comerciantes. Os usos e

---

<sup>8</sup> RODRIGUES, Frederico Viana. Autonomia do direito de empresa no novo código civil. In: VIANA, Frederico Rodrigues (Coord.). **Direito de empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17.

costumes de cada praça ou corporação tinham especial importância na sua aplicação.<sup>9</sup>

Rubens Requião corrobora para tal raciocínio, assim afirmando:

É nessa fase histórica que começa a se cristalizar o Direito Comercial, deduzido das regras corporativas e, sobretudo, dos assentos jurisprudenciais das decisões dos cônsules, juizes designados pela corporação, para, em seu âmbito, dirimirem as disputas entre comerciantes. Diante da precariedade do direito comum para assegurar e garantir as relações comerciais, fora do formalismo que o direito romano remanescente impunha, foi necessário, de fato, que os comerciantes organizados criassem entre si um direito costumeiro, aplicado internamente na corporação por juizes eleitos pelas suas assembléias: era o juízo consular, ao qual tanto deve a sistematização das regras do mercado<sup>10</sup>.

Por ser o Direito Comercial da época aplicado pelas corporações de ofício, destinado em favor de seus membros, podemos, então, perceber o caráter subjetivo do Direito Comercial, por conter em seu cerne duas características marcantes, quais sejam, a incidência tão somente sobre os membros de determinada corporação e a sua proteção (assecuratória de privilégios).

A problemática histórica trazida por essa fase do Direito Comercial mostra-se latente pelo fato de que tal ramo do direito era, como dito, destinado a uma classe somente, em detrimento de outras. A imposição de tais regras de direito aos nobres, aos militares, aos eclesiásticos e aos estrangeiros, gera um abalo nas relações ditadas pelos líderes dos Estados e os comerciantes.

Os privilégios da classe comerciante, assegurados pelos contratos comerciais e regras de direito que regiam tais relações, fortalecem sobremaneira a classe burguesa, culminando com a ideia de que o Estado deveria intervir sobre a classe dos comerciantes e suas relações negociais. Tal momento histórico culmina com a transposição da teoria subjetiva para a adoção da teoria objetiva do Direito Comercial.

Com o desconforto gerado pelos privilégios da classe burguesa, em razão da autorregulamentação e autodisciplina de suas relações comerciais, o Estado intervém com a edição de leis que regulamentam o comércio. A primeira legislação

<sup>9</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 6.

<sup>10</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1. p. 10 - 11.

editada por um Estado a regular o comércio foi o Código de Savary, vigente na França no ano de 1673<sup>11</sup>.

Após a Revolução Francesa de 1789, que tinha como ideais a liberdade, a igualdade e a fraternidade, observamos que o Estado tinha a missão de eliminar a autotutela dos interesses dos comerciantes, regulando as relações de seus subordinados de forma a harmonizar a atuação do comércio aos preceitos ideológicos vigentes à época. Por conseguinte, no ano de 1804 e 1808, são editados o Código Civil e o Código Comercial franceses, a pedido de Napoleão Bonaparte, que, na árdua tarefa de conciliar os interesses burgueses e os interesses do Estado, editou o referido diploma comercial.

Percebemos, assim, o nascimento da segunda fase do Direito Comercial, que se faz presente pela intervenção estatal na edição de normas regulamentadoras da classe dos comerciantes.

Francesco Galgano assim se manifesta: “A classe mercantil deixa de ser artífice do seu próprio direito. O Direito Comercial experimenta uma dupla transformação: o que foi direito de classe transforma-se em direito do Estado; o que foi direito universal converte-se em direito nacional”<sup>12</sup>.

Fábio Ulhoa Coelho traduz, em razão da regulamentação estatal da atividade mercantil, a divisão entre o Direito Civil e o Direito Comercial, com as seguintes palavras:

No início do século XIX, em França, Napoleão, com a ambição de regular a totalidade das relações sociais, patrocina a edição de dois monumentais diplomas jurídicos: o Código Civil (1804) e o Comercial (1808). Inaugura-se, então, um sistema para disciplinar as atividades dos cidadãos, que repercutirá em todos os países de tradição romana, inclusive o Brasil. De acordo com este sistema, classificam-se as relações que hoje em dia são chamadas de direito privado em civis e comerciais. Para cada regime, estabelecem-se regras diferentes sobre contratos, obrigações, prescrição, prerrogativas, prova judiciária e foros. A delimitação do campo de incidência do Código Comercial é feita, no sistema francês, pela teoria dos atos de comércio.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1. p. 12.

<sup>12</sup> GALGANO, Francesco. **História do Direito Comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990. p. 56.

<sup>13</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 7.

Tal dissociação entre os ramos do direito necessita de um critério que indique a incidência de cada um deles sobre a realidade das relações jurídicas havidas entre os cidadãos.

A legislação francesa instituiu, então, a teoria dos atos de comércio, que tinha como função atribuir a quem os exercesse a qualidade de comerciante, preenchendo o requisito formal e objetivo para a incidência da legislação comercial.

A legislação incidiria não mais sobre aqueles que fossem membros das corporações de ofício, mas, sim, sobre aqueles que exercessem algum dos atos definidos em lei como de comércio. Se não fosse considerado tal ato como de comércio, incidiria a lei civil.

Apesar de tratar-se de uma forma de retirar os privilégios da classe dos burgueses comerciantes que se autorregulamentavam, podemos perceber que a codificação dos atos de comércio demonstrou-se insuficiente.

Seguindo o raciocínio adotado pelo Código Comercial francês, observamos que serão tutelados pelo ordenamento jurídico todos aqueles que exercerem atos de comércio, sendo considerados tais atos aqueles definidos em lei.

Pois bem, tendo em mente tal premissa, constatamos que, por silogismo lógico, os atos que não estejam constantes do rol descrito na legislação, não serão tutelados pelo Direito Comercial.

Rubens Requião critica da seguinte forma a teoria objetivista:

O sistema objetivista, que desloca a base do direito comercial da figura tradicional do comerciante para a dos atos de comércio, tem sido acimado de infeliz, de vez que e até hoje não conseguiram os comercialistas definir satisfatoriamente o que sejam eles.<sup>14</sup>

E continua:

Algumas atividades econômicas de relevância para o comércio não são abarcadas pela legislação comercial da época justamente por estarem excluídas do conceito de atos de comércio, como, por exemplo, os prestadores de serviços e os atos de negociação de imóveis.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1. p. 13.

<sup>15</sup> *Ibidem*. p. 13.

Outro aspecto importante a ser observado é o fato de que a velocidade com que as relações comerciais se desenvolvem impediu que o legislador conseguisse definir, com a edição de leis, todo e qualquer ato de comércio.

A teoria dos atos de comércio, ou teoria objetiva, apesar das críticas, inspirou diversas legislações comerciais pelo mundo, o que se pode verificar pelas palavras de Waldo Fazzio Júnior que atesta tal fato da seguinte forma:

Depois, como efeito residual do ideário liberal implantado pela burguesia, na Revolução Francesa (1789), o Code de Commerce, dos juristas de Napoleão Bonaparte, em 1808, marcou o abandono do subjetivismo corporativista e a implantação da objetividade dos atos legais de comércio. O diploma redigido por Chaptal tornou-se modelo das modernas codificações mercantis, inclusive do Código Comercial brasileiro de 1850.<sup>16</sup>

Fabio Ulhoa Coelho diz que “a insuficiência da teoria dos atos de comércio forçou o surgimento de outro critério identificador do âmbito de incidência do Direito Comercial”.<sup>17</sup>

Diante disso, no ano de 1942, com a edição do código civil italiano, surge uma nova sistemática identificadora do Direito Comercial, qual seja, a teoria da empresa. Tal teoria “pretende a transposição para o mundo jurídico de um fenômeno que é sócio-econômico: a empresa como centro fomentador do comércio, como sempre foi, mas com um colorido como qual nunca foi vista”<sup>18</sup>.

Observamos também que o Código Civil italiano propôs a unificação formal do direito privado, tendo em um mesmo corpo de leis as disciplinas civis e comerciais, ao contrário das legislações napoleônicas, entrando, assim, o Direito Comercial em sua terceira fase de transformação, trazendo como elemento identificador da incidência do Direito Comercial a atividade empresarial.

A moderna teoria da empresa abandona a visão restritiva da teoria subjetiva e da teoria objetiva do Direito Comercial para atingir as relações jurídicas advindas de uma forma específica de exercer uma atividade.

---

<sup>16</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 28.

<sup>17</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 8.

<sup>18</sup> HENTZ, Luiz Antonio Soares. A teoria da empresa no novo direito de empresa. **Jus Navigandi**, Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3085>>. Acesso em: 11 fev. 2011.



Logo após a edição do Código Civil italiano, a doutrina pátria começa a criticar o modelo vigente no país, adotado pelo Código Comercial de 1850, defendendo a pertinência e abrangência da teoria da empresa como sistema jurídico mais atual e eficiente.

Inicia-se então a adoção de institutos anteriormente aplicáveis tão somente aos que exerciam atos definidos em lei como de mercancia aos que não estavam tutelados pelo rol descritivo de tais atos contidos no regulamento número 737 de 1850, instituto como o da concordata, que será abordado neste trabalho em tópico específico.

A aproximação do Direito Comercial brasileiro com o Direito Comercial italiano torna-se latente.

As críticas ferrenhas ao já considerado ultrapassado modelo objetivista da teoria dos atos de comércio fizeram com que a sistemática do regime jurídico comercial do Brasil sofresse uma sensível alteração. Assim, com a influência do Código Civil italiano, observamos que a tendência do Direito Comercial brasileiro perpassa pela unificação do direito privado, adotando a teoria da empresa como instrumento identificador das relações comerciais e econômicas.

O Código Civil de 2002, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, derroga grande parte do Código Comercial de 1850, Lei 556, de 25 de junho de 1.850, precisamente no que toca à parte primeira, que trata do comércio em geral, unificando, como já dito, o direito privado.

Afasta-se, por lei, a adoção da teoria dos atos de comércio, incorporando a teoria da empresa em nosso ordenamento jurídico, não tendo mais que se falar em comerciante, ou atos de comércio, mas, sim, de empresário e atividade empresária como destinatários da legislação especializada.

Com a vigência do Código Civil de 2002, pelo disposto em seu artigo 966, temos que empresário é aquele que exercesse de forma profissional uma atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços, de natureza não intelectual<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> O parágrafo único do artigo 966, do Código Civil, excepciona à incidência do Direito Empresarial a atividade intelectual, cujo caráter pode ser científico, artístico ou literário.

Percebemos, da redação do artigo 966 do Código Civil, que há em seu teor o que seja empresário, contudo vale observar a definição trazida por Alberto Asquini<sup>20</sup>, ditando que a atividade do empresário, ou empresa, possui um perfil poliédrico, composto de vários perfis: o subjetivo, funcional, objetivo ou patrimonial e o corporativo ou institucional.

O perfil subjetivo trata do aspecto de quem exerce a atividade é empresário, preenchidos os requisitos, ou elementos fáticos jurídicos, previstos na lei. O perfil funcional, por sua vez, trata a empresa como uma atividade dirigida para um fim determinado, qual seja, o fim de desenvolvimento produtivo. O perfil objetivo ou patrimonial descreve que a empresa se trata do complexo de bens móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos, utilizados para a atividade empresarial. O perfil corporativo ou institucional dita que a empresa é o resultado da organização do pessoal, formada pelo empresário e por seus colaboradores.

Waldirio Burgarelli critica o perfil corporativo citado, indicando que este estaria ligado a uma análise sociológica do fenômeno da empresa, sem ligação com critérios jurídicos. O referido autor ainda conceitua a empresa da seguinte forma: “Empresa é atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”.<sup>21</sup>

J.X. Carvalho de Mendonça, citado por Rubens Requião, conceitua empresa da seguinte forma:

a organização técnico-econômica que se propõe a produzir a combinação de diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à torça (venda), com esperança de realização de lucros, correndo riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade<sup>22</sup>.

Podemos perceber que o conceito de empresa tem um sentido econômico, tendo sido concluído por Sylvio Marcondes Machado o seguinte:

<sup>20</sup> ASQUINI, Alberto. “Perfis da empresa”. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, Malheiros, v. 35, n. 104, p.109-126, out.-dez. 1996.

<sup>21</sup> BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de Direito Empresarial**. São Paulo: Atlas, 1995. p. 100.

<sup>22</sup> MENDONÇA, J.X. Carvalho de Mendonça [s.n.t.] *apud* REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1. p. 56.

É de concluir-se pela inexistência de componentes jurídicos que, combinados aos dados econômicos, formem um conceito genérico de empresa; ou, considerada a constância do substrato econômico, pela inexistência de um conceito de empresa como categoria jurídica.<sup>23</sup>

Rubens Requião, tratando a empresa como um conceito abstrato, assim conclui: “Dessa explicação surge nítida a ideia de que a empresa é essa organização dos fatores da produção exercida, posta a funcionar, pelo empresário. Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário, desaparece-se, *ipso facto*, a empresa.”<sup>24</sup>

A realidade trazida pela teoria da empresa incide justamente sobre a atividade econômica produtiva, sob a direção do empresário, sujeito este que, à luz do artigo 966 do CC (Código Civil), exerce-a de forma organizada e profissional para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

### 2.2.1 A Preservação da empresa e sua relação com a Recuperação Judicial

Pelo estudado até o presente momento, conclui-se que a teoria da empresa, adotada pelo CC de 2002, retrata a intenção do legislador em voltar seus olhos para a atividade empresária.

Mister esclarecer que não há que se confundir o empresário com a empresa propriamente dita. Isso porque, nos termos do já citado artigo 966 do CC, empresário é o sujeito – pessoa natural ou jurídica – que exerce profissionalmente atividade econômica organizada, para a produção e/ou circulação de bens ou serviços que não possuam natureza intelectual, científica, artística ou literária. Já a empresa é a atividade em si constituída.

Acertadamente, pode-se chegar ao entendimento de que o Estado passa a preocupar-se com a empresa, por ser este instrumento preponderante para o desenvolvimento econômico e social do Estado, restando o empresário como elemento secundário para que se atinja o fim social da atividade por ele exercida.

---

<sup>23</sup> MACHADO, Sylvio Marcondes [s.n.t.] *apud* REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1. p. 57.

<sup>24</sup> REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.* p. 59.

É inegável o fato de que a atividade empresária, no momento em que plenamente exercida, é fonte geradora de empregos, de desenvolvimento econômico, tecnológico e social, e claro, de tributos. No momento em que o empresário se vê em crise, podem-se configurar, à luz da lei de falências e recuperação de empresas, duas hipóteses: a) ou ele mantém-se a frente da atividade, apresentando um plano de recuperação, ressalvada a possibilidade de seu afastamento; b) ou, então, ele vê-se afastado, pela decretação da falência.

Em ambos os casos, o que se tem como elemento preponderante é a preservação da atividade e, sob esta ótica, relevante para a Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 é a empresa e não, o empresário.

Entretanto, resta citar dois artigos essenciais para a compreensão da manifestação legislativa concernente à preservação da empresa: o 75 e o 47 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas (LFRE). Vejamos:

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.

[...]

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

Ao contrário do que possa parecer aos mais desavisados, a falência não se trata de insuficiência econômica do empresário, mas, sim, ruína jurídica deste. Tanto é assim, que se pode verificar em um processo falimentar, após apurados e pagos os débitos, um crédito, o que se chama de falência superavitária.

Apenas para verificar tal fato, basta que se observem as presunções legais prescritas no artigo 94 e seus incisos da LFRE, para que se considere o empresário falido, sem que antecipadamente se faça qualquer tipo de levantamento contábil, para apurar a saúde financeira dele.

Além de tais questões, verificando o que disposto no o Decreto Lei 7.661, de 21 de junho de 1945, temos que, ao teor desta legislação, a falência tinha como um de seus efeitos o encerramento das atividades, inclusive com a afixação do resumo

da sentença na porta do estabelecimento do falido, conforme previsto em seu artigo 15, inciso I.

Metaforicamente, tal ato previsto no inciso I do artigo 15 do Decreto Lei 7.661/45 nada mais é do que esculpir a própria lápide da atividade então exercida.

Comentando o artigo 75 da LFRE, Carlos Henrique Abrão assim dispõe:

Embora decretada a falência, isso não significa, em absoluto, a deteriorização do parque industrial, das instalações, enfim dos bens corpóreos e incorpóreos, e nesse passo a legislação avançou com grande capacidade de percepção.

De fato, possibilita ao administrador e ao comitê decisões afetas ao arrendamento, alienação, cessão de uso, com o escopo de incrementar mais e melhor o ativo e, se possível, conseguir um plano de eliminação gradual do estado de insolvência.

Nesse diapasão, o retrato do antigo Decreto-Lei 7.661/45, acresce notar, prejudicava vivamente tal perspectiva, uma vez que tudo se submetia à liquidação do passivo e posterior disciplina do ativo.<sup>25</sup>

Da mesma forma, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega assim discorre:

A análise da nova lei revela a preocupação constante do legislador em continuar a empresa, apontando-lhe uma função social.

Ao afastar o proprietário de seus bens, tendo em vista a preservar e otimizar a utilização produtiva deles, na empresa, a lei reconhece a função social da propriedade e precisa o respeito ao preceito constitucional.<sup>26</sup>

Retomando ao objeto do presente estudo, no que diz respeito à recuperação da empresa, nos termos do artigo 47 da LFRE (a respeito do qual se discorrerá mais detidamente posteriormente), há, pela letra da lei, a mesma intenção em perpetuar-se a atividade. Contudo, como regra geral, mantendo-se a permanência do sujeito que exerce a empresa à frente dos negócios.

De tal sorte, seja na falência, seja na recuperação judicial, a permanência do empresário como administrador da atividade é mero elemento temporal, uma vez que naquela há o afastamento imediato do empresário, em razão da sua incapacidade de manter de forma eficiente a atividade; já, nesta, o empresário é

<sup>25</sup> ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 227.

<sup>26</sup> TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. **Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falência**. São Paulo: Quarter Latin, 2005. p. 342.

mantido em razão de sua condição de recuperar-se da situação de crise em que se encontra.

### 2.3 Evolução da concordata para a recuperação de empresas

Os precedentes históricos retratam a necessidade de serem criados mecanismos jurídicos, para propiciar ao devedor uma forma de reverter sua situação de penúria financeira em face dos credores, conforme será verificado.

A doutrina, de forma simplificada, divide-se em duas correntes que discorrem a respeito do momento histórico em que se verificou o nascedouro do instituto da concordata.

A primeira corrente, segundo Alessandra de Azevedo Domingues, “identifica precedentes no Direito Romano para a figura da concordata no direito pátrio, citando o *pactum ut minus salvatur* e o *pacta de non petendo*”. De acordo com a mesma autora, a segunda corrente “nega tais precedentes romanos, reconhecendo como raízes do instituto da concordata, tão- somente, figuras da idade Média”.<sup>27</sup>

Vejamos do que se tratam os institutos tratados no direito romano.

Ainda nas palavras de Alessandra de Azevedo Domingues:

Quando da ocorrência de uma herança ruinosa, abriam-se duas alternativas ao herdeiro: (i) ou ele aceitava a herança, procedendo à *aditio*, quando passava a responder pelos débitos da herança, inclusive com seu patrimônio pessoal, posto que a responsabilidade ilimitada do herdeiro era consequência obrigatória do evento sucessório;(ii) ou, sabendo ruinosa, a ela renunciava, mas, o fazendo, dava início a *bonorum verditia* (atos de execução patrimonial do espólio), acarretando, por consequência, a pena de infâmia a memória do *de cujus*<sup>28</sup>.

O instituto da *pactum ut minus solvatur* aparece, então, como outra possibilidade para o herdeiro do devedor. Por tal instituto, criado por jurisprudência romana, poderia o herdeiro negociar com os devedores o pagamento parcial das

<sup>27</sup> DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. **Da concordata à recuperação judicial**: investigando a recuperação extrajudicial. Direito recuperacional – Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quarter Latin, 2009. p. 66.

<sup>28</sup> *Ibidem*. p. 66.

dívidas, afastando a necessidade da citada *aditio* ou renúncia, livrando, dessa forma, a pena de infâmia que incidia sobre o nome do *de cuius*.

O fundamento de tal possibilidade, apesar de remontar de séculos atrás, retrata a ideia de celeridade e eficiência do processo de pagamento de dívidas aos credores. A demora do processo da execução da herança já era preocupação dos romanos, uma vez que os credores, ao final, poderiam nada receber ou até mesmo receber somente parte de seus créditos.

Curioso é o fato de que, uma vez aceito pelos credores o que entabulado pelo *patcum ut minus solvatur*, não poderiam estes cobrar em juízo o débito em sua integralidade, sob pena de perderem, além do que exigirem em excesso, o percentual reduzido que haviam pactuado livremente.

No mesmo artigo, a citada autora, indicando a doutrina de Eduardo Marchi<sup>29</sup>, retrata que o pacto teria força coercitiva sobre todos os credores, caso houvesse a aprovação da maioria destes, vinculando inclusive os dissidentes ou ausentes.

Impende destacar que o alcance do pacto firmado, nos moldes do que até aqui verificado, somente atingia os créditos hereditários. Para os demais créditos, como os comerciais, a figura da *pacta de no petendo* era aplicada.

Essa forma de remissão da dívida perante os credores em muito se parecia com o *pactum ut minus solvatur*, contudo com a ressalva de não afastar a pena de infâmia sobre o nome do devedor, fato que culminou com o desuso do instituto.

Nos ensinamentos do doutrinador Eduardo Marchi, defensor da corrente que considera o *pactum ut minus solvatur* como precedente histórico da concordata, assim se posiciona:

[...], diante de uma herança seguramente gravosa (*damnosa*), ou, pelo menos, *suspecta*, podia o herdeiro – *extraneus*, *suus er necessarius* ou *necessarius tantum* – isto é, com maior precisão, o chamado à herança (*delatus*), subordinar a sua aceitação *aditio* ou *immixtio* ao ajuste com o s credores hereditários de uma espécie de concordata preventiva judicial: o *pactum ut minus solvatur*:

Reunidos em juízo os credores hereditários – ainda de acordo com o quadro presente na Compilação –, caso a maior parte deles (*maior pars creditorum*: princípio da maioria) acolhesse a proposta de redução proporcional dos

<sup>29</sup> DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. **Da concordata à recuperação judicial**: investigando a recuperação extrajudicial. Direito recuperacional – Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quarter Latin, 2009. p. 66.

créditos (suficientes para evitar a execução concursal), o pretor, por meio de um decretum, homologava tal pacto (Ulp. 4 ad ed., D. 2.14,7, 19). A maioria era calculada pro modo debiti, non pro numero personarum (Pap. 10 resp., D. 2,14,8), ou seja, com base no montante ou importe dos débitos, e não no número de credores. Uma vez ratificado pelo pretor – ou confirmado judicialmente, o pactum ut minus solvatur vinculava coercitivamente a minoria dos credores – dissidentes ou ausentes.<sup>30</sup>

Feitas tais considerações sobre a parte doutrinária que indica os precedentes históricos da concordata no Direito Romano, estudaremos, sinteticamente, aqueles que consideram que o real nascedouro da concordata remonta à Idade Média.

Rubens Requião<sup>31</sup> indica que a concordata se fez como forma de substituição da pena pessoal imposta ao devedor, substituindo-a pela execução coletiva de seus bens. Tal mudança de foco foi resultante da necessidade de que se evitasse a fuga do devedor, que, com medo das sanções pessoais, desaparecia, deixando os credores sem receber seus créditos.

Nesse prisma, mostrava-se mais vantajosa para os credores negociar seus créditos com o devedor, de forma coletiva, mesmo que os recebessem de forma parcial e a prazo. Esclarece-se que, mais uma vez, a maioria de aceite dos credores era necessária para que fosse aprovada a forma indicada pelo devedor para a quitação de seus débitos.

Caso não houvesse possibilidade de pagamento, ou se o que foi proposto não fosse aceito, o devedor deixaria seus bens a quem de direito, considerando-se falido, contudo, sem a mácula pessoal, isso, quando demonstrada a boa fé.

Qualquer que seja a fonte histórica da concordata, verifica-se pelo que retratado nas posições doutrinárias, que há, em todas as correntes, algumas características em comum: a necessidade de homologação judicial e a vontade coativa da maioria dos credores.

No Direito brasileiro, tem-se a primeira regulação da concordata no código comercial de 1850, inspirada nos códigos francês, espanhol e português.

Paulo Maria de Lacerda ensina que:

---

<sup>30</sup> MARCHI, Eduardo. **Concurso de credores e pactum ut minus solvatur**. 2. ed. Italia: [s.n.], 1999. p. 41-43.

<sup>31</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 2.



O advento do código comercial, neste ano, trazendo uma parte, a terceira, onde tratava especialmente “Das Quebras”, determinou a substituição, com vantagem evidente, de semelhante caos por um sistema regular definindo, em oito capítulos, a natureza e declaração das quebras, e seus efeitos, a reunião dos credores e a concordata, o contrato de união, os administradores, a liquidação e dividendos, as diversas espécies de créditos e suas graduações, as preferências e distribuição, a reabilitação dos falidos, as moratórias, e finalmente as disposições gerais. E logo a seguir apareceu o Decreto nº 738 de 25 de novembro de 1.850, contendo uma parte intitulada de do Processo de Quebras, em que regulamentou a matéria, nalguns pontos completado, ou modificado, pelos decretos nº 1.368 de 18 de abril de 1.854 e nº 1.597 de 1 de maio de 1.855, notadamente quanto à concordata, nomeação de administradores em caso de destituição, concessão do recurso de agravo, extinção da divisão do processo em duas partes e determinação clara da extensão das obrigações do curador fiscal.<sup>32</sup>

Inicialmente verifica-se somente a regulação da concordata suspensiva, tratada no artigo 847 do Código Comercial de 1850 e, somente com o decreto 917/1890, é que se verifica a regulação da concordata preventiva.

Em suma, o que as diferencia é o momento e os efeitos sobre o devedor. Na modalidade suspensiva, o procedimento de execução coletiva era suspenso, dando direito ao devedor de retomar a administração dos bens e continuar com a atividade (observados os critérios legais). Já na modalidade preventiva, evita-se a declaração de falência do devedor, que sequer se via preterido da administração de seus bens e da atividade.

Nas duas hipóteses, conforme elucidado nos precedentes históricos do instituto, a concordata fundava-se na remissão de parte dos débitos e na dilação para seu pagamento.

Com a evolução da legislação temos que o Decreto-Lei 7.661, de 1945, legislação especializada que tratou da falência e da concordata, vigente por 60 (sessenta anos), dispõe que a concordata suspensiva e preventiva, em que pese manter o caráter de remissão e dilação para pagamento das dívidas, incidiria tão somente sobre os credores quirografários e dependeria de decisão judicial. Cite-se ainda o caráter misto incidente sobre a concordata preventiva, que cumulava descontos proporcionais ao prazo concedido para o pagamento dos débitos.

Alterando-se o prisma da concordata, com o advento do Decreto-Lei 7661/45, conclui-se que o caráter contratual historicamente incidente sobre as relações

---

<sup>32</sup> LACERDA, Paulo Maria de. **Da falência no direito brasileiro**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1931. p. 7.

negociais, que recaíam sobre as dívidas existentes entre devedor e credor, passa a ser considerada um benefício<sup>33</sup> concedido pelo Estado. O mero preenchimento dos requisitos legais, objetivamente dispostos, por parte do devedor, resultaria na concessão da concordata (suspensiva ou preventiva), pouco importando, neste momento, a deliberação dos credores.

Moacyr Lobato de Campos Filho retrata a concordata como “a mais expressiva possibilidade de soerguimento da atividade de um devedor, premido por uma situação de iliquidez”.<sup>34</sup>

Para Ecio Perin Junior a concordata “era um meio mais favorável de se resolver a situação criada pelo desastre econômico do devedor”.<sup>35</sup>

O já citado Decreto-Lei 7661/45, em seu artigo 156, dispunha sobre as modalidades da concordata. O conceito de concordata, como visto, era relativo a uma espécie de benesse, abrangendo tão somente os créditos quirografários, deixando de lado todos os outros, fossem eles trabalhistas, tributários e até mesmo os com garantias reais.

Adequando o contexto histórico ora retratado à evolução das relações comerciais, pelas quais as sociedades passaram, necessária se faz uma digressão ao contexto histórico que deu lastro à ideia de promover a recuperação da sociedade empresária em crise.

Assim, lançando mão do que leciona Márcio Chalegre Coimbra, verificamos que o momento histórico muito influenciou o direito concursal no mundo. As etapas pelas quais passou o Direito Comercial, já retratadas anteriormente, muito contribuíram para a formação de um entendimento que perpassou, desde a punição física e moral ao devedor, até a moderna concepção de que seja oportunizado ao devedor em crise, a possibilidade de (re)estruturação de sua atividade.

Nas legislações anteriores à era moderna, temos que o foco principal do Direito Concursal era tão somente proteger os interesses do credor, nada mais. Além do que, verificou-se que a sanção imposta ao devedor, considerado um

---

<sup>33</sup> O chamado favor legal, atributo por muitos incidentes sobre a concordata, à nosso ver, não se coaduna com a relação Estado e súdito. O que legalmente se institui são direitos e obrigações deste em relação àquele.

<sup>34</sup> CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. **Falência e recuperação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 80.

<sup>35</sup> PERIN JÚNIOR, Ecio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 3. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 331.

fraudador, ultrapassava a esfera meramente patrimonial, atingido-o em seu nome e sua integridade física.

Tal fato é assim retratado por Marcio Chalegre Coimbra:

A figura importante a ser observada neste momento, portanto, eram os burgueses comerciantes, donos das bancas onde se realizavam as trocas. Acontecia que por motivos vários, muitas vezes estes empresários não eram capazes de honrar com os seus compromissos, tornando-os, no vocábulo hoje popularizado, inadimplentes. A prática usual na Europa era a de os credores quebrarem a “banca” do devedor com vistas a retirada de suas mercadorias, para que assim, de alguma forma, o seu crédito fosse compensado. Desta forma, o comerciante devedor ia à “bancarota”.

Vale ressaltar que o desenvolvimento do comércio, com o fim da Europa medieval, se concentrou principalmente no norte da Itália, onde até hoje encontramos a parte mais desenvolvida daquele país, em cidades como Milão, Verona e Bolonha. Porém, a parte que mais se desenvolveu foi a região do Vêneto, onde mais tarde viria rugir a cidade entreposto comercial mais importante da Europa, em função do comércio marítimo, Veneza. Ora onde existiam mais comerciantes, era natural que no decorrer do tempo, ocorresse o infortúnio da quebra de alguns, nesta época, ainda considerado um delito. Neste momento surge a origem do termo usado hoje como falência, que vem do verbo latino *fallere*, que significa fraudar, falsear, enganar. Observa-se portanto, que a ideia da sociedade à época, era a de que o falido, não importando qual o motivo que o levou aquele estado, era considerado um velhaco, ou seja, alguém ardiso, artificioso. Não havia, portanto, divisão entre devedores comerciantes honestos e desonestos.<sup>36</sup>

Indicando ainda os fundamentos do pensamento que findou em regular a recuperação das empresas em crise, o mesmo autor assim retrata:

De acordo com o mercado da época, o sistema italiano expandiu, muito pelas cidades ao seu redor. Na França, estas práticas começaram a ser adotadas pela cidade de Lyon. Desta forma, o direito italiano sobre falências dominou a regulação comercial francesa até a época em que a Ordenança de 1673 os inscreveu em suas leis. A ordenança se caracterizou por ser a primeira codificação no direito francês, portanto, um fato extremamente importante, visto que influenciou de sobremaneira o sistema de quebras de seu Código Comercial, datado de 1807, período napoleônico. Este ordenamento foi concebido logo após uma revolução de cunho empresarial, burguês, que foi a Revolução Francesa, em 1789. Desta forma, pode-se dizer que a França adotou um sistema que conseguiu conciliar a tradição vinda da Itália com os anseios dos empresários à época.

Entretanto, em ambos os ordenamentos, tanto o italiano quanto o francês, a ideia principal ainda era a proteção do credor. Em vista disso, constituía-se meio executório, objetivando-se a liquidação para o pagamento daquilo que era devido. É importante destacar que em consequência destas gradativas transformações por que passou o instituto, as sociedades

---

<sup>36</sup> COIMBRA, Márcio Chalegre. **A recuperação de empresa: Regimes jurídicos brasileiro e norte-americano.** Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 17.

começaram a entender a função empresarial sob o ponto de vista social, pois além de tributos, gerava empregos. Esta mudança é fundamental para a evolução do sistema de falências. O amadurecimento da ideia de conservação da empresa, como ente primordial para o desenvolvimento aparece, com mais robustez, após a Primeira Grande Guerra (1914-1918).<sup>37</sup>

Retrata ainda que o verificado nos sistema da *Common Law*, em que a evolução do direito concursal teve início no ano de 1542, influenciou o direito concursal brasileiro.

Naquele sistema, de origem na Inglaterra, observou-se a possibilidade de penas corporais ao devedor, que iam desde a mutilação até a morte. Vejamos novamente as palavras de Marcio Chalegre Coimbra:

No que tange a história concursal dentro do sistema da *common Law*, faz-se mister destacara que as leis de falências começaram na Inglaterra, no ano de 1542. Nesta primeira, estava disposto pela primeira vez, uma maneira de os credores receberem seus créditos perante os devedores. Nesta época, os devedores eram considerados quase criminosos.

Já em 1579, a Inglaterra aprovou em sua segunda legislação falimentar, que continha fatos peculiares que devem ser observados com atenção. Nesta época, somente ao comerciante era permitido falir, ou seja, às pessoas era defeso o ato de falência, visto que se fossem insolventes, deveriam ser presos. Na liquidação, o comissário (administrador) vendia o ativo para o pagamento do passivo.

A evolução da legislação continuou com pequenas alterações. A mais impressionante foi a de 1604, na qual se permitiu que a orelha do devedor fosse cortada. Porém, em 1705, mudanças fundamentais foram concebidas, revogando algumas destas polêmicas disposições e criando outras como a da fraude durante a falência acarretar a morte do devedor.<sup>38</sup>

Inegável, e claramente observado, o fato de que a legislação inglesa muito contribuiu para a formação do pensamento norte-americano no que toca ao tema relacionado ao direito concursal.

Apesar disso, o ideal norte-americano, pautado na liberdade e no respeito aos cidadãos, fez com que sua legislação falimentar inicial, datada de 1800, fosse similar à inglesa, contudo abolindo as sanções corporais.

As inovações trazidas pela legislação norte-americana são importantes para a recuperação judicial atualmente adotada, destacando-se a entrada em vigor do

<sup>37</sup> COIMBRA, Márcio Chalegre. **A recuperação de empresa:** Regimes jurídicos brasileiro e norte-americano. Porto Alegre: Sintese, 2000. p.18-19.

<sup>38</sup> *Ibidem.* p. 20.

*bankruptcy act*, em 1898, que, dentre diversas inovações, retratou a possibilidade dada ao devedor de alegar exceções ao pedido de quebra e pudesse renegociar seus débitos, visando, assim, à preservação da atividade.

O que se destaca na legislação norte-americana é a inclusão do chamado *Chapter 11 ao bankruptcy act*. Tal capítulo trata justamente da reorganização da empresa, sopesando a importância socioeconômica da empresa, oportunizando, através de diversos mecanismos, seu reerguimento.

No Brasil, verificou-se que a evolução legislativa que culminou com a Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, foi tardia, comparando-se com outros países ao redor do mundo. O atraso no desenvolvimento industrial brasileiro é fator relevante para a constatação de tal fato. Ilustra-se o contexto supramencionado com o fato histórico relacionado ao desenvolvimento da indústria automotiva no Brasil que se deu nos anos 50, enquanto que os Estados Unidos, à época, já iniciavam seu programa espacial.

Naquele tempo, ainda sob a perspectiva do Decreto Lei 7661/45, pouco se tratava a respeito da recuperação de empresas, sendo que o debate sobre o tema surgiu na década de 1990.

Marcio Chalegre Coimbra assim explica:

A partir do início da década de 90, começaram a surgir propostas de alterações fundamentais na lei de quebras, culminando com o Projeto de Lei 4.376/93 elaborado pelo poder executivo. Este projeto mostrou-se um tanto quanto inovador, pois pretendia trazer para a legislação brasileira o instituto da recuperação judicial da empresa. Depois de várias análises, foi votada e aprovada em dezembro de 1996 a subemenda substitutiva que, além das inovações já citadas, trouxe a modernização do síndico na figura do administrador judicial e uma proposta acerca da eventual formação de um comitê de credores, atuando como órgão fiscalizador. O substitutivo, além de críticas, recebeu muitas contribuições. Em virtude disso, o Congresso Nacional, por meio de sua comissão especial formada para a análise do tema, examinou todas as propostas e elaborou, em 1999, uma emenda global ao substitutivo que, posteriormente, se tornou uma subemenda global às emendas do plenário e que provavelmente irá a votação no curso do ano de 2000.<sup>39</sup>

A recuperação de empresas, por fim, veio a regular, a partir da edição da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, a forma pela qual o devedor, em estado de

---

<sup>39</sup> COIMBRA, Márcio Chalegre. **A recuperação de empresa:** Regimes jurídicos brasileiro e norte-americano. Porto Alegre: Sintese, 2000. p. 28-29.

penúria financeira, negociaria seus débitos com os credores, de forma mais abrangente, conforme verificaremos a seguir.

## 2.4 Objetivos da Recuperação de Empresas

Na esteira da evolução histórica já tratada, temos que o Estado se preocupou em regular a forma pela qual o devedor em crise se reerguesse, desde que obedecidos determinados regramentos legais.

A recuperação de empresas, instituto utilizado nas formas judicial e extrajudicial, substitui as espécies de concordata, então, vigentes, indicando outros critérios e objetivos práticos, cujo fim é a satisfação dos interesses dos diversos credores envolvidos na relação travada com a atividade do empresário.

A ideia de que a concordata era mera forma de obter descontos sobre as dívidas e dilação de prazos foi superada pela perspectiva de verificar-se, naquele que exerce a atividade a intenção de recuperar-se, mantendo a satisfação dos interesses institucionais inerentes à empresa.

Nesse sentido, Ecio Perin Junior esclarece:

A solução, para a doutrina, passava por uma reformulação no instituto da concordata para que se exigisse do empresário que requeresse o favor legal em comento mediante a apresentação de um plano de viabilidade para a sua recuperação financeira, e não apenas requerendo a dilação do vencimento das obrigações ou a remissão parcial do valor destas, sem o que a concordata sempre seria instrumento malvisto e desprovido da necessária legitimidade como forma de recuperação de patrimônio de devedor comerciante.<sup>40</sup>

Para o presente estudo, vale explicitar o que vem a ser a recuperação judicial, que, nas palavras de Jorge Lobo, assim a conceitua:

É o instituto jurídico, fundado na ética e na solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico financeira do empresário e da sociedade empresária com finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresária, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes

---

<sup>40</sup> PERIN JÚNIOR, Ecio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 3. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 333.

condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juízo, implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembleia geral.<sup>41</sup>

Sérgio Campinho assim esclarece:

O instituto da recuperação judicial vem desenhado justamente com o objetivo de promover a viabilização da superação desse estado de crise, motivado por um interesse na preservação da empresa sob a ótica de uma unidade econômica que interessa manter como um centro de equilíbrio econômico-social. É, reconhecidamente, fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país.

A recuperação será sempre uma forma de evitar a falência, não podendo ser realizada para suspendê-la, sendo, pois, um procedimento prévio.<sup>42</sup>

Frise-se que na subemenda substitutiva apresentada pela comissão especial ao Projeto de Lei 4.379, de 1993, temos as seguintes disposições contidas no capítulo que tratava especificamente da recuperação judicial:

Art. 37. 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.

Parágrafo único: Reputa-se ao devedor no estado de crise econômico-financeira aquele que não é capaz de honrar seus compromissos, estando sujeito às dificuldades temporárias do seu negócio, evidenciando uma situação patrimonial que exige um imediato replanejamento de suas atividades.

Art. 38. Na demonstração da viabilidade da recuperação judicial serão considerados, além de outros, os seguintes aspectos:

Importância social e econômica da atividade do devedor no contexto local, regional ou nacional

Mão de obra e tecnologia empregadas.

Volume do ativo e do passivo;

Tempo de constituição e de funcionamento do negócio desenvolvido pelo devedor;

Faturamento anual e nível de endividamento da empresa.

<sup>41</sup> LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 119-120.

<sup>42</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 124-127.

Pelo que foi verificado, conclui-se que o objetivo do legislador era manter a empresa, assim compreendida como atividade, em seu aspecto amplo e institucional, considerando sua atuação e o contexto econômico-social-financeiro em que ela estava inserida, culminando com a edição do artigo 47, da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.

## 2.5 Natureza Jurídica da Recuperação Judicial

Impende salientar a importância da análise da natureza da recuperação judicial para que os caminhos a serem percorridos neste estudo se revistam de robustez e coerência.

O já citado Decreto 7661/45 tratava da concordata. A sua natureza, para Sérgio Campinho, “era de um favor legal”<sup>43</sup>. Em suma, preenchidos os requisitos legais pelo devedor, a ele era concedida a concordata, independentemente da manifestação dos credores.

A natureza jurídica da recuperação judicial, também nas palavras de Sérgio Campinho, assim é retratada:

Na recuperação judicial prevalece a autonomia privada da vontade das partes interessadas para alcançar a finalidade recuperatória. O fato de o plano de recuperação encontrar-se submetido a uma avaliação judicial não lhe retira essa índole contratual. A concessão, por sentença, da recuperação judicial, não tem qualquer repercussão sobre o conteúdo do plano estabelecido entre as partes interessadas (devedor e seus credores), porquanto a decisão encontra-se vinculada a esse conteúdo. Com efeito, o controle judicial do plano de recuperação possibilita excluir eventuais objeções em face de sua validade. [...] O Estado-juiz, como se disse alhures, não interfere no conteúdo do plano de recuperação a ser debatido entre os diretamente interessados: devedor e credores. Sua atuação é a de guardião de sua legalidade, agindo na verificação do atendimento pelo devedor das condições subjetivas e formais prévias que o qualifica a contratar sua recuperação com seus credores, bem como na exclusão de eventuais objeções quanto à sua validade, impedindo que o acordo desrespeite ou ultrapasse as fronteiras da lei.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 11.

<sup>44</sup> *Ibidem*. p. 11;127.



Paulo Sérgio Restiffe assim relata:

A recuperação judicial de empresas tem natureza jurídica de prestação que o Estado-juiz há de fazer a quem exerça a pretensão à tutela jurídica, invocando a pretensão à recuperação judicial de empresas, parafraseando, mais um vez, as palavras de Pontes de Miranda (122, p. 157). [...] A relação jurídica formada entre devedor e seus credores na recuperação judicial de empresas não decorre de negócio jurídico, mas nasce da tutela jurisdicional prestada. Esse aspecto decorrente da concepção negocial, todavia, com a novel Lei de Falências, alterou-se, pois passou a ser admitida a recuperação da empresa por meio de negócio jurídico. É a recuperação extrajudicial, disposta nos arts. 161 et seq. da Lei n. 11.101/2005.<sup>45</sup>

Já para Jorge Lobo:

Recuperação judicial é um instituto de Direito econômico, pois se pauta na idéia de eficácia técnica e não pela idéia de justiça, estando em uma zona intermediária entre o Direito Privado e o Direito Público, “caracterizando-se por uma unidade tríplice: de espírito de objeto e de método.”

A recuperação judicial é um ato complexo, uma vez que pode ser considerado sob vários aspectos, pois abrange um ato coletivo processual, um favor legal e uma obrigação *ex lege*.

A recuperação judicial é um ato coletivo processual, porque as vontades do devedor, manifestada na petição inicial, e de seus credores, declaradas expressa ou tacitamente, “marcham paralelas”, se “completam” e se fundem em uma só”, “formando uma e única vontade unitária”, sob a direção e fiscalização do Poder Judiciário (LER, arts. 35, I, 42, 45, 47, 51, III, 55, 56, 58 e 59)

A recuperação judicial é um favor legal porque garante ao devedor, atendidos determinados pressupostos e requisitos, formais e materiais, o direito de sanear o estado de crise econômico financeira em que se encontra com a finalidade de salvar o negócio, manter o emprego dos trabalhadores, respeitar os interesses dos credores (art.47) e reabilitar-se (art.63), benefício legal que produz efeitos desde o deferimento da petição inicial da ação de recuperação com a suspensão “de todas as ações e execuções” pelo prazo de cento e oitenta dias (art. 6º, caput e § 4º).

A recuperação judicial é uma obrigação *ex lege* porque, concedida, pelo juiz, por sentença (art. 58) “implica novação dos Créditos anteriores ao pedido e obriga o devedor e todos os credores a ela sujeitos, sem prejuízo das garantias que possuam (artigo 59, *caput*).<sup>46</sup>

<sup>45</sup> RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas: de acordo com a lei 11.101 de 09-02-2005**. Barueri: Manole, 2008. p. 243.

<sup>46</sup> LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 120-121.

Amador Paes de Almeida indica o caráter contratual da recuperação judicial, assim concluindo:

Esta tem, assim, nítida feição contratual, tornando presente a lição de Alfredo Rocco, quanto à natureza jurídica da concordata, válida para a recuperação: 'uno contratto tra il fallito e la collettività dei creditori deliberante a maggioranza nelle assemblee generali, col quale, mediante la modificazione dei preesistenti rapporti obbligatori si fa cessare lo stato di fallimento e, quindi, la procedura relativa'.

Conquanto contenha elementos próprios, não perde, entretanto, a sua feição contratual, envolvendo com os credores compromissos de pagamentos a serem satisfeitos na forma estabelecida no respectivo plano.<sup>47</sup>

Observa-se que é necessário que se compreenda, na esteira dos entendimentos doutrinários indicados, que a recuperação judicial não é meramente um contrato em sua acepção clássica.

Jorge Lobo, citando Orlando Gomes, conclui que o Direito Econômico está situado numa zona intermediária entre o Direito Privado e o Direito Público, norteado pela ideia de eficácia técnica devido "à especial natureza da tutela jurídica que dela emerge, em que prevalecem os interesses gerais e coletivos, públicos e sociais, que ela colima preservar e atender prioritariamente"<sup>48</sup>.

O norte a ser traçado no presente trabalho coaduna-se com a corrente da natureza complexa resultante em um instituto de Direito Econômico, em que não só a vontade das partes é suficiente para a aprovação ou não do que apresentado pelo devedor aos credores como meio de recuperar-se, contudo o caráter contratual é o que se apresenta mais coerente com o instituto recuperacional.

A necessidade de intervenção do Estado, através do Poder Judiciário, como verificador do atendimento aos requisitos legais e defensor do fim a que se destina o instituto da recuperação, dever ser, pois, ativa, não se tratando o magistrado como mero homologador da vontade das partes envolvidas na relação.

---

<sup>47</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 302-303.

<sup>48</sup> LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 123.

## 2.6 Princípios em que se funda a Recuperação Judicial

De Plácido e Silva define “princípios” da seguinte forma:

No sentido, notadamente no plural, significa as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas.<sup>49</sup>

Em que pese não ser objeto específico do presente trabalho, temos que o entendimento do que sejam princípios é fundamental para que sejam trilhados os caminhos, o que se proporá ao final.

Muitos são os trabalhos que tratam de definir o que sejam princípios. Dentre eles destacam-se, ao nosso ver, aqueles realizados por Robert Alexy<sup>50</sup> e Ronald Dworkin<sup>51</sup>.

Em sua obra, Humberto Ávila, compilando os estudos dos autores supracitados, afirma que princípios, em sendo compreendidos como “normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização”<sup>52</sup>, coerente é a verificação dos princípios em que se fundam a recuperação judicial.

O referido autor aduz ainda que “os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento”<sup>53</sup>.

Apesar da escassez doutrinária que aborda tal aspecto principiológico, Jorge Lobo alega que a recuperação judicial “baseia-se nos princípios da a) Conservação

<sup>49</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 1.095.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. Rechtsregekb und Rechtsprinzipien. Archives und sozialphilosophie, Separata 25/17 In: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>51</sup> DWORKING, Ronald. Taking Rights Seriously. 6. tir. In: ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*

<sup>52</sup> ÁVILA, Humberto. *Op. cit.* p. 91.

<sup>53</sup> ÁVILA, Humberto. *Op. cit.* p. 71.

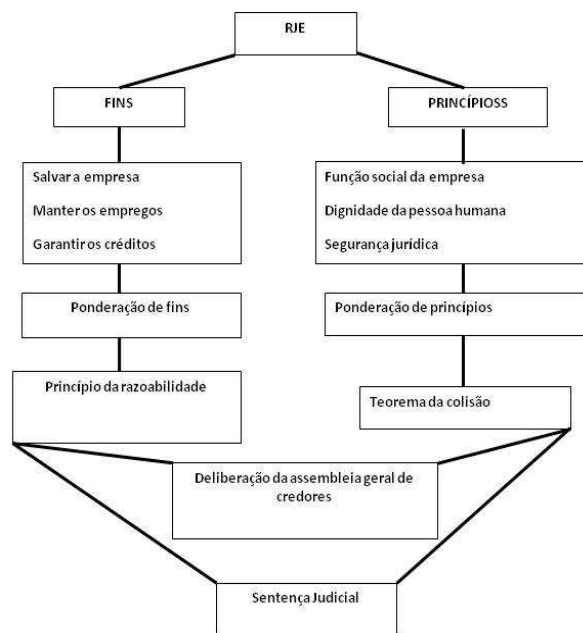
e função social da empresa, b) Dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho, c) Segurança jurídica e efetividade do direito.”<sup>54</sup>

Com atenção aos princípios supraindicados, em nosso sentir, tipificados no artigo 47 da LFRE, temos que estes devem ser utilizados como meio de se atingir aos fins prescritos em lei, qual seja, a reestruturação e preservação da empresa em crise.

No caso da recuperação judicial, juiz e assembleia geral de credores deverão entregar-se à ponderação de fins e princípios, assim definidos:

- a) Realização de Fins: salvar a empresa; manter os empregos. Garantir os créditos;
- b) Aplicação de Princípios: função social da empresa; dignidade da pessoa humana; segurança jurídica.

Jorge Lobo retrata ilustrativamente da seguinte forma a necessidade de se ponderar os fins e os princípios insculpidos na LFRE:



<sup>54</sup> LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 128-129.

**Figura 1:** Quadro sinótico da ponderação de fins e de princípios<sup>55</sup>

Observando o quadro acima, conclui-se que, na recuperação judicial, diversas são as variáveis que incidem tanto sobre a assembleia de credores, quanto sobre a sentença judicial. Os fins a que se destina a recuperação judicial devem ser obedecidos e observados, bem como os princípios que irão nortear a interpretação e a valoração do que será apresentado pelo devedor em crise. Tudo se consubstanciando como elementos orientadores para a decisão da assembleia geral de credores (AGC) e do magistrado.

---

<sup>55</sup> LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 129.

## 2.7 Pedido de Recuperação Judicial

O pedido de recuperação judicial deverá obedecer ao que é prescrito no artigo 48 da LFRE, atendendo-se aos requisitos ali dispostos.

No pedido de recuperação, à luz do que preleciona Ecio Perin Junior, “em seu art.50, traz inovação relevante ao propor de forma não exaustiva (mas sim exemplificativa) hipóteses de reestruturação da empresa a fim de superar a crise econômico-financeira.”<sup>56</sup>

E continua relatando que “por meio do dispositivo acima mencionado, traz um rol, como dissemos exemplificativo dos meios de recuperação pelos quais a empresa pode optar de forma isolada ou conjunta. Dessa forma, fazemos menção às hipóteses previstas nos incisos I a XVI:”<sup>57</sup>

Ato contínuo à apresentação do plano de recuperação judicial, por petição dirigida ao juiz, atendendo-se o prescrito no artigo 51 da LFRE, caso haja objeção, o juiz convocará assembleia geral de credores (artigo 56).

---

<sup>56</sup> PERIN JÚNIOR, Écio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 3. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 340.

<sup>57</sup> *Ibidem*. p. 341.

### 3 A ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES (AGC)

#### 3.1 Natureza jurídica e hipóteses de convocação na Recuperação Judicial.

Ultrapassadas as questões atinentes à evolução histórica dos institutos de direito que culminaram com a edição do regulamento legal que dispõe acerca da recuperação judicial, seguindo o proposto no presente estudo, trataremos de um órgão presente, tanto na recuperação judicial quanto na falência. Trata-se tal órgão da Assembleia Geral de Credores (AGC).

O referido órgão é uma “inovação introduzida pela Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005”<sup>58</sup> apenas no que diz respeito à sua presença como órgão deliberativo na recuperação judicial de empresas, conforme se verificará a seguir.

A evolução dos institutos que permeiam a empresa em crise, falência, concordata (em suas espécies) e recuperação de empresas, demonstra a clara intenção do legislador em adequar e equilibrar os diversos interesses envolvidos na relação jurídica empresa x agentes (trabalhadores, fornecedores, clientes, etc.) x Estado x sociedade.

De tal sorte, a legislação atual buscou, através da assembleia geral de credores, compor, em um polo específico, os detentores de determinados créditos, para que pudessem, de acordo com as limitações legalmente entabuladas, manifestaram-se em relação à empresa em crise, deliberando e decidindo questões falenciais e recuperacionais.

Observando a lei em comento, temos que a AGC se faz presente tanto na falência (artigo 35, inciso II, da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005), quanto na recuperação judicial (artigo 35, inciso I, da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005).

O que nos interessa, por limitação da abordagem que ora se faz, é justamente tratar da AGC e sua atuação na recuperação judicial.

Pois bem, lançando mão da definição de Plácido e Silva, assim resta definida a expressão assembleia de credores:

---

<sup>58</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 210.

É a expressão usada para designar a reunião dos vários credores de um devedor comum, convocados para deliberarem sobre providências a serem tomadas em relação a seus créditos, em benefício de seus interesses ou para dar destino à massa, que se constitui com a arrecadação dos bens do devedor.<sup>59</sup>

Observando essa definição, entendemos que ela é insuficiente para esclarecer do que se trata, na recuperação judicial, a AGC, que, sofreu, por parte da doutrina de diversos países, críticas acentuadas, conforme Jorge Lobo:

em virtude de: a) da inconcussa autotutela, inspirada no Direito Romano, dos próprios direitos e interesses; b) das dificuldades praticas de reunir expressivo numero de credores, sobretudo quando tem domicilio e sede fora do juízo da falência e da concordata; c) da indiferença da maioria dos credores, o que leva a um absenteísmo crônico; d) da incapacidade dos credores de exercer uma eficiente verificação dos atos dos administradores da falida e da concordatária e até mesmo do cumprimento, pelo síndico e pelo comissário, de suas relevantes funções e atribuições; e) das vultosas despesas de convocação, instalação e realização; f) dos pífios resultados dos conclaves etc.<sup>60</sup>

O referido doutrinador afirma ainda, no direito comparado, que tais críticas tiveram influência em legislações de diversos países, esclarecendo:

na França, em que o interesse coletivo do reerguimento prevalece sobre os individuais dos credores e pode ser exercido pelo “representante dos credores” (mandataire), após ouvir, individualmente, cada credor; na Itália, em que a participação dos credores é mínima no procedimento administrativo extraordinário de grandes empresas (Dec.-Lei n. 270 de 8-7-1.999 e Lei n. 39, de 18-2-2004); no México, que dispensa a reunião de credores, quando for assinado o convênio (Ley de Concursos Mercantiles, de 12-5-2000, art.156); na Argentina, em que a aprovação pela “junta de acreedores” de acordo preventivo foi suprimida pela Lei n. 24.522, de 20-7-1995.<sup>61</sup>

Apesar das críticas mencionadas, no Direito pátrio, a reunião de credores já estava prevista, tratando-se de um órgão colegiado deliberativo, convocado e instalado na forma da lei, com atribuições, da mesma forma, legalmente previstas.

<sup>59</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 148.

<sup>60</sup> LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 91.

<sup>61</sup> *Ibidem*. p. 91.



A existência jurídica da AGC, conforme mencionado, não se trata de uma inovação da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, estando presente também nos artigos 122 e 123 do Decreto-Lei 7661/45.<sup>62</sup>

Conforme se verifica na antiga lei que regia a matéria atinente à falência, tais artigos encontravam-se localizados no Título VIII, que tratava da liquidação, pontualmente regulando a realização do ativo, de tal sorte que, observadas as disposições já transcritas, a instalação da assembleia era rara, uma vez que dependia de requerimento ao juiz por credores que detivessem mais de ¼ do crédito devidamente habilitado.

Na LFRE, a assembleia geral de credores é tratada nos artigos 35 a 46, que, além de disporem a respeito de sua composição, retratam das suas atribuições deliberativas, ampliando sobremaneira sua importância em processos de falência e recuperação judicial, o que será tratado nos tópicos subsequentes.

---

<sup>62</sup> Art. 122. Credores que representem mais de um quarto do passivo habilitado podem requerer ao juiz a convocação de assembléia que delibere em termos precisos sobre o modo de realização do ativo, desde que não contrários ao disposto na presente lei, e sem prejuízo dos atos já praticados pelo síndico na forma dos artigos anteriores, sustando-se o prosseguimento da liquidação ou o decurso de prazos até a deliberação final.

1º A convocação dos credores será feita por edital, mandado publicar pelo síndico, com a antecedência de oito dias, e do qual constarão lugar, dia e hora designados.

2º Na assembléia, a que deve estar presente o síndico, o juiz presidirá os trabalhos, cabendo-lhe vetar as deliberações dos credores contrários às disposições desta lei.

3º As deliberações serão tomadas por maioria calculada sobre a importância dos créditos dos credores presentes. No caso de empate, prevalecerá a decisão do grupo que reunir maior número de credores.

4º Nas deliberações relativas ao patrimônio social, somente tomarão parte os credores sociais; nas que se relacionarem com o patrimônio individual de cada sócio, concorrerão os respectivos credores particulares e os credores sociais.

5º Do ocorrido na assembléia, o escrivão lavrará ata que conterá o nome dos presentes e será assinada pelo juiz. Os credores assinarão lista de presença que, com a ata, será junta aos autos da falência.

Art. 123. Qualquer outra forma de liquidação do ativo pode ser autorizada por credores que representem dois terços dos créditos.

1º Podem ditos credores organizar sociedade para continuação do negócio do falido, ou autorizar o síndico a ceder o ativo a terceiro.

2º O ativo somente pode ser alienado, seja qual for a forma de liquidação aceita, por preços nunca inferiores aos da avaliação, feita nos termos do parágrafo 2º do artigo 70.

3º A deliberação dos credores pode ser tomada em assembléia, que se realizará com observância das disposições do artigo anterior, exceto a do parágrafo 3º; pode ainda ser reduzida a instrumento, público ou particular, caso em que será publicado aviso para ciência dos credores que não assinaram o instrumento, os quais, no prazo de cinco dias, podem impugnar a deliberação da maioria.

4º A deliberação dos credores dependem de homologação do juiz e da decisão cabe agravo de instrumento, aplicando-se ao caso o disposto no parágrafo único do artigo 17.

5º Se a forma de liquidação adotada for de sociedade organizada pelos credores, os dissidentes serão pagos, pela maioria, em dinheiro, na base do preço da avaliação dos bens, deduzidas as importâncias correspondentes aos encargos e dívidas da massa.

Pela alteração legislativa introduzida em 2005, observa-se que foi dada à AGC uma importância até então não observada. A participação ativa dos credores no processo de recuperação judicial é fruto de uma evolução relevante, uma vez que, conforme visto no capítulo anterior, um dos objetivos claros da recuperação judicial é a satisfação dos credores.

O rol de atribuições dos credores reunidos em assembleia ampliou-se, tornando-se a AGC um órgão vital para o sucesso do procedimento recuperacional, sobretudo como agente ativo na busca dos objetivos elencados no citado artigo 47 da LFRE.

Ronaldo Alves de Andrade entende que:

A dilatação das atribuições da assembléia geral de credores e os novos mecanismos de recuperação da empresa e da falência denotam que este órgão é bem diferente do previsto no sistema legal anterior, de maneira que certamente esse órgão será criado em muitos processos, sobretudo se atuação forem efetivamente atuantes.

E continua aduzindo que:

[...] a assembléia geral de credores, ao lado do administrador judicial e do juiz, é órgão consultivo e deliberativo na administração no processo de recuperação judicial e falência, tendo a lei a ela atribuída papel de relevante importância, até porque, os maiores interessados na recuperação de empresa e na falência são os credores;<sup>63</sup>

Nesse sentido, Ecio Perin Junior assevera que:

A assembléia geral de credores (AGC), prevista nos arts. 35 a 46 da LFRE, é um órgão com características derivadas do direito societário, cuja função na recuperação judicial e na falência é promover a manifestação democrática (pelo voto) da vontade e comunhão dos credores. Dessa forma exerce função deliberante, conforme art.35 da LFRE, observado o contraditório entre os membros participantes.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> ANDRADE, Ronaldo Alves de. Comentários aos artigos 35 ao 46. In: DE LUCCA, Newton; SIMAO FILHO, Adalberto (Coord). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas e de Falências** São Paulo: Quarter Latin, 2003. p. 176-177.

<sup>64</sup> PERIN JÚNIOR, Ecio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 3.ed. São Paulo: Método, 2006. p.238-239.

De tal sorte, na LFRE, a AGC é um órgão colegiado deliberativo de convocação facultativa, dotado de poderes decisórios, nos termos da lei, adotando o princípio da maioria de votos dos credores, vinculando o que decidido aos credores ausentes, dissidentes e que se abstiveram quando da deliberação.

Resta-nos observar o disposto no artigo 35, inciso I, da LFRE, que assim dispõe:

Art. 35. A assembleia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:  
 I – na recuperação judicial:  
 a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;  
 b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição;  
 c) (VETADO)  
 d) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4o do art. 52 desta Lei;  
 e) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor;  
 f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores;

Na recuperação judicial, a assembleia geral de credores não é obrigatória. Tal fato se justifica pela hipótese em que, apresentado o plano de recuperação judicial, nos termos do artigo 53 da LFRE, observados os prazos elencados no artigo 55, o juiz, valendo-se do artigo 58, concederá a recuperação judicial.

Pelo estabelecido nos referidos dispositivos legais, conclui-se que o recuperando, apresentando o plano de recuperação judicial no prazo de 60 (sessenta) dias, contados da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, e não sofrer objeção dos credores no prazo de 30 dias, contados da publicação a que se refere o artigo 55 da LFRE, terá sua recuperação judicial deferida, independente da assembleia geral de credores, que, neste caso, sequer será instalada. Contudo o legislador previu a hipótese em que a AGC será convocada. Pelo previsto no caput do artigo 56<sup>65</sup> da LFRE, caso haja objeção de

---

<sup>65</sup> Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. § 1o A data designada para a realização da assembleia-geral não excederá 150 (cento e cinquenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial. § 2o A assembleia-geral que aprovar o plano de recuperação judicial poderá indicar os membros do Comitê de Credores, na forma do art. 26 desta Lei, se já não estiver constituído. § 3o O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembleia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes. § 4o Rejeitado o plano de recuperação pela assembleia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

qualquer credor ao plano de recuperação, o magistrado obrigatoriamente convocará a AGC.

### 3.2 Composição

Em face da clara diferença entre a natureza dos direitos creditórios dos interessados na recuperação judicial, a LFRE, acertadamente, subdivide a composição da AGC, inicialmente<sup>66</sup>, em três classes.

Paulo Sérgio Restiffe, assim define a composição da AGC:

A assembleia geral é composta por três classes de credores assim divididas: Classe um, a classe dos titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, que votam com o total de seu crédito, independentemente do valor (art. 41, I e § 1º da Lei n. 11.101/2005); Classe dois, a classe dos titulares de créditos com garantia real, que votam com a classe prevista no art. 41, II, da Lei 11.101 /2005, até o limite do valor do bem gravado e com a classe prevista no art.41, III da Lei 11.101/2005, ou seja a classe dos créditos com privilégio especial ou com privilégio geral ou subordinado e dos créditos quirografários, pelo saldo do valor de seu crédito (art.41, II, III e § 2º, da Lei 11.101/2005); Classe três, a classe dos titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados (art.41, III, da Lei n. 11.101/2005).<sup>67</sup>

Em que pese a aparente simplicidade da composição da AGC, cumpre-nos esclarecer a justificativa da referida composição, não nos limitando tão somente a perceber o que é imposto pela legislação recuperacional.

Pelo disposto no artigo 41, inciso I, a primeira classe que compõe a AGC é aquela composta pelos titulares dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, detentores de créditos até o limite de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor. O saldo residual que ultrapasse tal limite concorrerá com os credores da classe terceira, abaixo explicitada.

Saliente-se ainda que a fixação legal de que o voto na classe dos trabalhadores não seja representado pelo valor dos créditos é razoável.

<sup>66</sup> Por não ser objeto específico do presente estudo, indica-se a leitura do artigo “A compensação na falência: subclasse no quadro geral de credores”. Vinícius José Marques Gontijo, RT-883, ano 98, Maio de 2009.

<sup>67</sup> RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas**: de acordo com a lei 11.101, de 09-02-2005. Barueri: Manole, 2008. p. 339.

Écio Perin assim se manifesta:

Interessante observarmos que no § 1º do artigo 41 o legislador estabeleceu que os titulares derivados da legislação do trabalho votam com a classe dos trabalhadores, independentemente do valor. Essa mediada tem sentido, considerando-se que a eventual representação do trabalhador não poderia ocorrer em face do valor de seu crédito, uma vez que nessa situação estaríamos apenas diante de estimativas, tendo em vista a existência de uma série de variáveis que lhe impediriam sua identificação (horas, extras, benefícios indiretos e agregados ao salário etc.), o que, como discorre Jairo Sassi, em obra coletiva, acarretaria a elitização do crédito trabalhista se o valor fosse utilizado como critério único – até porque as categorias gerenciais e de diretoria, numa empresa, teriam maior valor de créditos do que os trabalhadores.<sup>68</sup>

A proteção do trabalho, por tratar-se de um dos fins elencados pelo artigo 47 da LFRE, não poderia deixar de estar presente para fins de composição da AGC. As relações de trabalho, regidas pela CLT, por si, não constituem direitos creditórios que possam embasar o ingresso de qualquer trabalhador como credor e, por conseguinte, membro da classe de credores prevista no inciso I do artigo 41.

Para habilitar-se, deve o trabalhador, ou acidentado do trabalho, comprovar sua condição de credor, ou seja, nas palavras de Ronaldo Alves de Andrade, estar de posse “de sentença condenatória proferida em ação de dano proposta em face da empresa em recuperação judicial ou falida, em razão de acidente de trabalho”<sup>69</sup>.

Noutro prisma, se não houver débito de natureza trabalhista, não pode o trabalhador, somente em razão de seu vínculo laboral tornar-se membro da classe de credores ora retratada, por falta de legitimidade.

O inciso II do artigo 41 da LFRE trata dos titulares de créditos com garantia real. O que se deve observar nessa classe é justamente a limitação do voto em razão do valor do bem gravado. Caso o crédito supere o da garantia prestada, votará aquele que detenha garantia real, com a terceira classe, qual seja, a dos credores quirografários, isso em relação ao valor residual apurado.

A intenção do legislador foi o de garantir o crédito àquele que se precaveu, dando lastro à relação jurídica firmada entre credor e devedor. No caso da empresa

<sup>68</sup> PERIN JÚNIOR, Ecio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 3. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 241.

<sup>69</sup> DE LUCCA, Newton; SIMAO FILHO, Adalberto (Coord). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quarter Latin, 2003. p. 193.

em recuperação judicial, verifica-se uma proteção (garantia legal) ao credor que, ao negociar, acautelou-se, garantindo seu crédito.

A terceira classe de credores é aquela composta pelos credores quirografários, com privilégio especial, privilegio geral ou subordinados.

Verificada a composição das classes de credores, retoma-se a análise de outros dispositivos legais que implicam influência às atribuições da AGC. O artigo 37, §2º, da LFRE dispõe que a AGC será instalada, e m primeira convocação, com a presença de titulares de mais da metade dos créditos de cada classe, computados pelo valor, e, em segunda convocação, com qualquer número.

Ocorre que, na recuperação judicial, a AGC somente será convocada caso haja objeção de qualquer dos credores ao plano de recuperação, conforme se verifica da dicção do artigo 56 da LFRE. Desse modo, verifica-se que a AGC não é um órgão de presença obrigatória na recuperação judicial. Caso não haja objeção, apresentada ao juiz, no prazo de 30 (trinta) dias, em face do plano de recuperação, o magistrado concederá a recuperação judicial.

Ressalte-se que situação diversa é aquela consistente na não presença de nenhum credor à AGC já devidamente convocada pelo juiz, para deliberar sobre a objeção formalmente apresentada. A AGC é um órgão de deliberação positiva, sendo que, caso não haja a presença de credores para sua instalação, considerar-se-á rejeitado o plano.

A aprovação do plano de recuperação judicial depende de:

deliberação de todas as classes (arts. 41, 45 e 58 da Lei n. 11.101/2005); aprovação da maioria simples dos credores da Classe Um presentes, independente do valor do crédito (arts.38, caput, in fine, 41, I, 45, § 2º, e 58 da Lei n . 11.101/2005; e aprovação dos credores das Classes Dois e Três que estejam presentes e representem mais de 50% do valor dos créditos e, cumulativamente, aprovação da maioria simples dos credores das Classes Dois e Três que estejam presentes ao conclave (arts. 38, caput, primeira parte, 41, II e III, 45,§ 1º, e 58 da Lei n . 11.10 1/2005).<sup>70</sup>

O sistema de maioria para aprovação é facilmente verificado nos casos de deliberação, cujo objeto seja o plano de recuperação judicial, mesmo que em patamares mínimos, sempre instituídos pela legislação vigente.

<sup>70</sup> RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas**: de acordo com a lei 11.101 de 09-02-2005. Barueri: Manole, 2008. p. 345-346.

O artigo 45 da LFRE dispõe claramente que, nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 da LFRE deverão aprovar a proposta.

Contudo, poderá o magistrado, conceder a recuperação judicial mesmo não se verificando a aprovação do plano nos termos do artigo 45, desde que observadas as disposições contidas no artigo 58 da LFRE.

Dispõe o artigo 58 que o juiz, verificando *in casu* que houve concomitantemente (i) o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; (ii) a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 dessa Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; (iii) na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§1º e 2º do art. 45 da LFRE.

Tal mecanismo, explica Ecio Perin Junior, “tem revelado que tanto devedor como credores procuram evitar a imposição judicial da revisão da obrigação (*cram down*), empenhando-se realmente em encontrar uma saída negociada para a crise que afeta os interesses de ambos”.<sup>71</sup>

### 3.3 Atribuições

As atribuições da AGC na recuperação judicial, previstas no artigo 35, inciso I da LFRE, subdividem-se em duas, fundamentalmente. Quais sejam, (i) aprovar, rejeitar ou modificar o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor; (ii) escolher e deliberar sobre a constituição do comitê de credores e a forma de substituição de seus membros.

Aprovado o plano de recuperação judicial, ou, como já dito, não se manifestando os credores no prazo legalmente fixado, o juiz homologará o plano, concedendo-se a recuperação judicial, nos termos propostos pelo devedor.

---

<sup>71</sup> PERIN JÚNIOR, Ecio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 3. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 350-351.

Da mesma forma, por disposição legal, verifica-se que qualquer credor poderá opor objeções ao plano e até mesmo rejeitá-lo, momento em que o juiz convocará a AGC, para deliberar a seu respeito, propondo, nesse momento, alterações, devendo os credores, através do voto, decidirem sobre a aprovação do plano ou não.



## 4 O DIREITO DE VOTO E SEU EXERCÍCIO NA AGC

### 4.1 O voto como exercício de um direito

Antes de adentrarmos especificamente no que seja o ato de votar como um exercício de direito, perpassaremos pela compreensão da natureza de tal ato.

O “Direito”, na acepção contida nas palavras de Plácido e Silva, assim se define:

Derivado do latim *directum*, do verbo, *dirigere* (dirigir, ordenar, endireitar), quer o vocábulo, etimologicamente significar o que é reto, o que não se desvia, seguindo uma só direção, entendendo-se tudo aquilo que é conforme a razão, a justiça e a equidade.

Mas, aí, se entende o Direito como o complexo orgânico, de que se derivam todas as normas e obrigações, para serem cumpridas pelos homens, compondo o conjunto de deveres, aos quais não podem fugir, sem que sintam a ação corecitiva da força social organizada.

E continua:

Outras acepções possui ainda o Direito, para revelar aspectos bem diferentes de seu sentido objetivo ou subjetivo.

Em seu sentido objetivo, propriamente derivado do *directum* latino, o Direito, a que se diz de norma *agendi*, apresenta-se como um complexo orgânico, cujo conteúdo é constituído pela soma de preceitos, regras e leis, com as respectivas sanções, que regem as relações do homem, vivendo em sociedade. A característica dominante do Direito no seu sentido objetivo, está portanto na coação social, meio de que se utiliza a própria sociedade para fazer respeitar os deveres jurídicos, que ela mesma instituiu, a fim de manter a harmonia dos interesses gerais e implantar a ordem jurídica.<sup>72</sup>

Miguel Reale, na esteira da definição trazida por Plácido e Silva, indica o seguinte:

Das fontes de direito resulta toda uma trama ordenada de relações sociais que, em virtude das matrizes de que se originam, são dotadas de garantia específica, ou sanções. Opera-se, desse modo, através da história, o

---

<sup>72</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 461.

processo de modelagem jurídica da realidade social, em virtude de sempre diversas e renovadas “qualificações valorativas” dos fatos.

E continua:

Sem ser necessário aderir aos esquemas descritivos do “estruturalismo”, podemos concluir dizendo que na sociedade se constituem formas de vida, modos de comportamento, que tem força da modelos jurídicos, O Direito Objetivo, em suma, que surge obedecendo à natureza das coisas, às linhas evolutivas imanentes ao fato, mas potencializadas e tornadas efetivas pelo poder de síntese ordenadora que singulariza o espírito humano.<sup>73</sup>

O Direito Objetivo, dessa forma, também nas palavras de Miguel Reale, “se põem ou se positivam como uma realidade objetiva.”<sup>74</sup>

Retomando a lição de Plácido e Silva, o Direito Subjetivo, assim se define:

No sentido subjetivo (*facultas agendi*), mostra-se o direito uma faculdade ou uma prerrogativa outorgada à pessoa (sujeito ativo do direito), em virtude da qual a cada um se atribui o que é seu (*suum cuique tribuere*), não se permitindo que outrem venha prejudica-lo em seu interesse (*neminem taedere*) porque a lei (norma *agendi*), representando a coação social, protege-o em toda a sua amplitude.

E, assim, se tem a os elementos necessários para a formação de um direito: sujeito, objeto, relação e coação.<sup>75</sup>

Miguel Reale leciona: “Em linhas gerais, o direito subjetivo representa a possibilidade de exigir-se, como próprios, uma prestação, ou um ato, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito.”<sup>76</sup>

Realizada tal digressão, claro está o fato de que o exercício de um direito (direito subjetivo) está relacionado e limitado pelo Direito Objetivo. Em outras palavras, direito como ato subjetivo deve estar de acordo com a base estruturadora de determinada ordem social, de acordo com suas diversas fontes, todas formadoras do Direito Objetivo vigente.

<sup>73</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 183.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 189.

<sup>75</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 461.

<sup>76</sup> REALE, Miguel. *Op. cit.* p. 265.

O Estado, considerado como instrumento regulador de condutas, atribui aos seus membros determinados direitos e deveres, limitando a atuação do particular, sempre com o intuito de equilibrar as relações jurídicas e sociais existentes, valendo-se do Direito Objetivo para tanto, concedendo, aos ditos membros, os Direitos Subjetivos.

Pois bem, o voto, como exercício de um direito, possui a conotação de ato político voltado para a formação da vontade comum. A democracia, com sua origem na cidade de Atenas, na Grécia, consiste justamente em dar aos cidadãos a possibilidade de manifestarem-se e agirem ativamente nas decisões que irão afetar seus interesses dentro de uma realidade jurídica, sendo que o voto é estritamente esta manifestação de vontade, dirigida a um fim.

Dalmo de Abreu Dallari aduz:

Para a compreensão da ideia de Estado Democrático, inclusive para que se chegue a uma conclusão quanto á viabilidade de sua realização e á maneira de seu ajustamento às exigências atuais, será necessária, em primeiro lugar, a fixação dos princípios que estão implícitos na própria ideia de Estado Democrático, verificando-se em seguida, quais os meios utilizados na tentativa de sua aplicação concreta e quais as consequências dessas tentativas. A base do conceito de Estado Democrático é, sem dúvida, a noção de governo do povo, revelada pela própria etimologia do termo democracia, devendo-se estruturar, portanto, como se chegou à supremacia da preferência pelo governo popular e quais as instituições do Estado geradas pela afirmação desse governo.<sup>77</sup>

O direito subjetivo ao voto, então, realiza-se como elemento formador da vontade coletiva, de suma importância para o contexto de uma realidade jurídica, seja esta realidade jurídica simples ou complexa. O Direito Objetivo, como já explicitado, constitui uma realidade jurídica para todos, impondo as limitações necessárias para que o fim de se ter uma sociedade equilibrada seja atingido, valendo-se os membros que compõem esta sociedade exercer de forma subjetiva seus direitos.

---

<sup>77</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 17 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 123.

Miguel Reale assim explica:

Partindo dessa consideração, é fácil ver que os sistemas de Direito positivo destinam-se aos elementos que compõem a sociedade, garantindo-lhes uma situação. Essa situação pode ser simples, ou então, complexa. Daí uma primeira discriminação a ser feita, entre direito subjetivo simples e direito subjetivo complexo.

Dois exemplos bastarão para esclarecer a natureza desses dois tipos apresentados. Vejamos, em primeiro lugar, o que ocorre com o direito de um credor em virtude de contrato que obrigue Fulano ou Beltrano a efetuar o pagamento, em dinheiro, de certa importância, ou à devolução de uma coisa. Nesse caso, temos um direito subjetivo simples, porquanto a prestação é específica, ou melhor, é especificada com clareza e determinação.

Em outros casos, porém, o direito subjetivo representa um feixe de possibilidades.

Caso análogo ocorre quando o indivíduo adquire ações de uma sociedade anônima. Pelo fato de se tornar acionista, a pessoa passa a dispor de uma série de possibilidades de pretensões, decorrentes daquela qualidade. O portador de um título de sociedade anônima pode comparecer a uma assembleia, votar e ser votado, discutir as matérias constantes da ordem do dia, impugnar balanços, discutir relatórios, requerer que se promovam verificações nas contas. Todas essas múltiplas facetas estão caracterizando o que se chama um estado de sócio ou um estado de acionista.

Vê-se, portanto, como o status de acionista implica sempre a existência de um feixe ou um conjunto orgânico de direitos subjetivos, os quais, por sua vez, quanto ao seu exercício, podem se desdobrar em várias faculdades.<sup>78</sup>

O voto pode, de acordo com o contexto em que está inserido, ser classificado como um direito subjetivo simples ou complexo. O que irá determinar sua classificação é o feixe de relações jurídicas envolvidas, todas elas ditadas pelo Direito Objetivo vigente.

No direito concursal, especificamente no tocante à recuperação judicial de empresas, o feixe de relações jurídicas não se restringe aos interesses dos credores e do devedor. Há, por óbvio, e por até o presente momento verificado, uma série de interesses externos ao da relação tipicamente bilateral firmada entre os credores e o devedor em crise.

Nesta toada, o Estado adotou a já citada teoria da preservação da empresa, isso em razão da compreensão que a atividade empresária, regularmente constituída, exerce influência direta sobre os agentes externos da referida atividade. A geração de empregos, o desenvolvimento social e cultural, a arrecadação de

---

<sup>78</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 183.

tributos, resumem-se em elementos relevantes para a verificação de que a recuperação judicial não se presta tão somente ao pagamento dos credores.

Portanto, convocada a AGC, devem seus membros considerar não apenas seus interesses pessoais como único elemento direcionador de sua manifestação através do direito de voto, mas também todos os interesses legalmente instituídos na legislação concursal.

#### 4.2 Limitações ao exercício do direito de voto

O voto, assim como todo Direito Subjetivo, sofre limitações imperativas do Direito Objetivo. Tal constatação remonta à própria origem da democracia na Grécia antiga, em que tal direito sequer era dado a todos.

Dalmo de Abreu Dallari esclarece tal situação:

Haverá alguma relação entre a ideia moderna de democracia e aquela que se encontra na Grécia antiga? A resposta é afirmativa, no que respeita à noção de governo do povo, havendo, entretanto, uma divergência fundamental quanto à noção do povo que deveria governar. No livro III de “A Política”, Aristoteles faz a classificação dos governos, dizendo que o governo pode caber a um só indivíduo, a um grupo, ou a todo o povo. Mas ele próprio já esclareceu que o nome de cidadão só se deveria dar com propriedade àquele que tivessem parte na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária. E diz taxativamente que a cidade-modelo não deverá jamais admitir o artesão no número de seus cidadãos. Isto porque a virtude política, que é a sabedoria para mandar e obedecer, só pertence àqueles que não tem necessidade de trabalhar para viver, não sendo possível praticar-se a virtude quando se leva a vida de artesão ou de mercenário. Esclarece, finalmente, que em alguns Estados havia-se adotado orientação mais liberal, quanto à concessão do título de cidadão, mas que isso fora feito em situações de emergência, para remediar a falta de verdadeiros e legítimos cidadãos.<sup>79</sup>

Percebe-se que desde a antiguidade o direito de voto como manifestação de vontade da maioria em detrimento do interesse do particular, sofria limitações. Desde a Grécia antiga até os dias atuais diversas discussões são travadas na esfera do exercício do direito de voto. Tanto assim é, que as mulheres até bem pouco

<sup>79</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 17 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 124.

tempo não podiam votar, não lhes sendo permitido pelo Direito Objetivo tal prerrogativa (o Direito subjetivo ao voto).

O mesmo ocorre com os presos que tem seus direitos políticos preteridos em razão da condenação que lhes fora imposta.

Certo é que não há Direito Subjetivo absoluto que possa ser exercido estritamente de acordo a vontade daquele que o detém. A Constituição da República, fonte máxima da vontade do Estado, elege os direitos fundamentais, que, da mesma forma, não são absolutos, sofrendo limitações constitucionais e infraconstitucionais.

A liberdade, a vida, o direito de ação, o direito de propriedade e tantos outros direitos fundamentais, amplamente dispostos no artigo 5º da Constituição da República, não são absolutos, o que, da mesma forma, ocorre com o exercício do direito de voto.

Há, pois, um verdadeiro diálogo entre a prerrogativa dada pelo Estado aos seus membros e as limitações para o exercício dessas prerrogativas, também impostas pelo Estado.

Como dito, até bem pouco tempo, determinadas condições retiravam do cidadão o direito de votar (mulheres e presos), sendo ainda que o exercício desse direito ainda é limitado a determinadas questões objetivas tratadas no artigo 14 da Constituição da República.

Outro aspecto relevante a ser destacado, como proposição, é que o exercício do voto possui natureza híbrida. Vale dizer que, todo voto, para ter validade, deve preencher pressupostos objetivos e subjetivos.

O pressuposto subjetivo consiste na legitimação, ou seja, atribuição dada por Lei à pessoa, que, através dessa qualidade, torna-se sujeito apto a exercer o ato, levando a efeito seu Direito Subjetivo.

O pressuposto objetivo, por sua vez, subdivide-se em pressuposto objetivo interno e pressuposto objetivo externo. Sua subdivisão é definida justamente pelas características de interesse e função do ato, respectivamente. Em outras palavras, ao se exercer o voto, o legitimado, além de atender objetivamente sua vontade e seus interesses (pressuposto objetivo interno), também o faz ciente de que o fará no sentido de afetar o todo (pressuposto objetivo externo). Tal digressão é lógica. Se o

voto é um direito subjetivo dado àquele que, legitimado, expressa sua vontade, para tomar uma decisão que afetará a todos, conclusão outra não se pode ter senão a de que o interesse coletivo deve ser observado.

Esclarece-se que o voto não será exercido sem que haja informação sobre o que será decidido. Tal aspecto é de extrema relevância para qualquer conclave. Não há como considerar a possibilidade de que haja, por parte do legitimado, a compreensão do que está para ser decidido, através do voto, sem que o legitimado esteja a par do pressuposto básico de uma decisão e de suas eventuais consequências.

A função do voto está intrinsecamente ligada ao fim a que ele se destina, não sendo observado somente o parâmetro pessoal, isolado e particular, para a tomada da decisão colegiada.

Ainda na esteira de tal raciocínio, o Direito Objetivo, além de dever indicar o pressuposto subjetivo para o exercício do direito de voto, pode, e assim o faz em muitas situações, indicar o pressuposto objetivo para o exercício do direito de voto.

Verifica-se, conforme se verá mais adiante, que a lei indica a função do voto em diversas situações, sendo que em algumas delas de forma pontual e exemplificativa, e em outros casos, de forma mais sutil. Não devendo ser descartada a possibilidade de que, na ausência de delimitação específica sobre a função do voto, o aplicador do Direito busque em outras fontes a resposta para o preenchimento ou não do fim a que se destina o voto.

Tais constatações são extremamente complexas e controvertidas. Isso pelo fato de que sempre haverá, por ocasião do exercício do voto, o interesse pessoal de quem exerce o ato. Contudo há que observar que o Estado limita tal direito, tendo como um dos parâmetros a compreensão do fim a que ele se destina.

Exemplificativamente, temos as seguintes indagações: (i) pode um não proprietário exercer o voto em assembleia de condomínio? A resposta é não, em face do não preenchimento do pressuposto subjetivo para o exercício do direito de voto; (ii) pode um proprietário exercer o direito de voto em assembleia de condomínio, votando a respeito de matéria estranha à ordem do dia? A resposta é não. Isto pelo fato de que, apesar de preenchido o pressuposto subjetivo que lhe atribui o direito subjetivo de exercer o voto, o objeto da deliberação é estranho ao

que ele pretende votar, sendo que não há possibilidade de que este exerça o voto por estar fora dos limites estabelecidos pela própria assembleia.

Tal limitação objetiva pode derivar da própria lei, sendo que o Estado limita, sempre com alguma intenção, o direito de voto, no intuito de proteger interesses supraindividuais, como é o caso do direito de voto na assembleia geral de acionistas, em que se verifica a clara intenção do legislado ao afastar o estrito interesse particular do acionista em detrimento de uma visão institucional e preservadora da atividade empresária.

Do mesmo modo, e será objeto de tópico específico, temos que a AGC também sofre limitações legais, pontualmente quando convocada para deliberar a respeito do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.

#### **4.3 Os interesses envolvidos no voto na AGC**

Dando sequência ao raciocínio desenvolvido neste capítulo, interessa-nos abordar quais são os interesses envolvidos, quando ocorrer o exercício do Direito Subjetivo de voto por parte dos membros da AGC.

Conforme verificado anteriormente, a AGC é um órgão colegiado, composto por classes de credores, nos termos do artigo 41 da LFRE. Por expressa previsão legal, a AGC será composta pela classe dos titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, pela classe dos titulares de créditos com garantia real e dos titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

A competência da AGC na recuperação judicial, por sua vez, está prevista no artigo 35 da LFRE, consistente na deliberação sobre a (i) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor; (ii) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição; (iii) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4º do art. 52 da LFRE; (iv) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor e (v) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores;

Para chegarem a um denominador comum, os assuntos elencados no referido artigo 35 da LFRE serão objeto de deliberação entre as classes de credores, que,



através do voto, decidirão a respeito de seus interesses, bem como, e principalmente, sobre o destino da atividade empresária em risco.

A pluralidade de interesses envolvidos na recuperação judicial recaem sobre todos os agentes que dela participam, bem como implicam direitos e deveres para todos os membros da relação jurídica formada, neste caso, por imposição legal.

De acordo com o espírito da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, óbvia e latente é a intenção do legislador em preservar a atividade empresária, sendo que, no caso da recuperação judicial, devem ser observados aos diversos interesses que deram lastro à formação da nova realidade do direito concursal.

Inafastável a compreensão de que os interesses contrapostos entre credor e devedor geram externalidades que ultrapassam a relação jurídica inicialmente bilateral firmada. A atual realidade jurídica concursal, considerada pelo Direito Objetivo, refere-se ao interesse do Estado, manifestado através da LFRE, em reger e tutelar não somente o interesse do credor (como nos primórdios do direito concursal), e nem mesmo apenas o interesse do devedor em crise (concedendo-lhe a concordata).

A bússola indicativa da tutela estatal não aponta somente para uma direção, seja para o interesse do credor, seja para o interesse do devedor. Sequer tal instrumento orientador, mesmo que figurativamente, serve de metáfora para ilustrar a intenção do Estado ao adequar a realidade em que se encontra inserida a atividade empresária.

O interesse do Estado passa a ser a tutela de diversos interesses, dada a recolocação da atividade empresária como uma balança de equilíbrio entre desenvolvimento social e econômico. A ideia de preservar a empresa advém de uma evolução importante no que diz respeito à percepção de sua influência na sociedade, ultrapassando a ideia de atribuir prerrogativas ao devedor e/ou ao credor, tão somente.

A visão de que as externalidades devem ser consideradas como fonte para a adequação do Direito à realidade, que se encontra posta, não é novidade. De tal sorte, a ideia de relativização dos efeitos dos contratos já se encontra superada e tipificada no Código Civil em vigor.

A disposição contida no artigo 421, que impõe que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, realça direção multifacetária dos efeitos do contrato, atribuindo ao contrato uma função social, além de ser mero instrumento de satisfação dos interesses individuais das partes que firmaram o negócio jurídico. Da mesma forma, e com igual razão, os interesses tutelados na recuperação judicial são vinculativos a todo o seu processamento, inclusive em razão da complexidade de interesses ali presentes.

A preservação da atividade ultrapassa o interesse do credor e do devedor, passando a ser um interesse de política do Estado, dada a contribuição daquela para o desenvolvimento social, em razão de ser fonte geradora de riqueza, emprego, tributos, etc. A evolução da ideia da tutela e proteção da atividade empresária resulta justamente da visão estatal de que, sem ela – atividade empresária – não haveria como o Estado sustentar-se e sequer se desenvolver-se na atual conjuntura econômica mundial.

O estreitamento das relações econômicas dos Estados, fomentada puramente pela ideia dos empresários em manter a expansão da sua atividade empresarial, fez com que esses Estados adotassem políticas para viabilizar tal aproximação, pontualmente com o intuito de desenvolver as riquezas advindas da referida expansão.

Cediço é que não há qualquer dúvida de que a tendência do Direito Comercial moderno é atingir o máximo de universalidade possível, o que trará segurança para que os empresários invistam em suas atividades. Dessa forma, o Estado vem fomentando a preservação da atividade empresária, também, através de legislações específicas, unificando os ideais que advêm do princípio da preservação da empresa.

Assim, a geração de empregos implica pagamento de salários, que implica consumo, que implica fomento econômico. A arrecadação de tributos resulta (ou deveria resultar) em desenvolvimento das políticas de crescimento do Estado, com investimentos em infraestrutura, segurança, educação etc. O desenvolvimento social e cultural, por sua vez, é resultante do interesse de outros empresários que, ao verificarem oportunidades de gerarem riquezas em razão de outra atividade já instalada, alocam suas atividades em regiões com perspectivas de crescimento e valorização, impulsionando o desenvolvimento não só das atividades inseridas no

meio, mas também de todo o seu alcance geográfico, como urbanização, segurança, etc.

Tais justificativas encontram-se alicerçadas na adoção da Emenda Global ao Substitutivo, adotada em 1999 pela comissão especial ao Projeto de Lei 4376/93, senão vejamos:

Durante o processo de discussão dessa emenda em diversos seminários e audiências públicas realizados em São Paulo, Rio de Janeiro e Porto Alegre, fomos reunindo as ideias e formulando opções que possibilitam uma maior celeridade no processo de recuperação das empresas em crise e conseguisse, efetivamente, estabelecer um novo conceito em relação à sobrevivência da atividade produtiva, em detrimento da antiga e saturada indústria da concordata e da falência.

Mesmo se tratando de matéria extremamente complexa, uma das mais instigantes do Direito Comercial, e em função de seus vários reflexos para a sociedade, tivemos sempre o zelo de evoluir nos conceitos sem esquecer das repercussões sociais. Aliás, há que se enfatizar em primeiro lugar que buscamos manter basicamente a linha mestra do Substitutivo adotado em dezembro de 1.996 para, também, corrigir uma imprecisão contida no texto do PL nº 4.376/93, no tocante à recuperação de empresas, que pela proposta do Poder Executivo só seria admitido numa fase muito posterior, quando a empresa já estivesse dentro da própria falência.

Entendemos que na proposta original do Governo houve uma incongruência. Preferimos reforçar a concepção aprovada pela Comissão Especial e contemplada no texto do substitutivo, uma vez que, de forma contrária, estaríamos cometendo um irreparável equívoco ao subestimarmos o precioso mecanismo da recuperação judicial de empresas em crise econômico-financeira. Isto porque não há como se pensar em recuperação de empresa que já esteja sob o regime da falência decretada, visto que seria algo extemporâneo e absurdo, algo do gênero “crônica de uma morte anunciada”.

Já é consenso em legislações de importantes países a noção de que é a própria empresa que rege a atividade econômica, e sua preservação se constitui na ideia básica, diante de um panorama de crise econômica. Tanto é assim que os autores mais avançados na matéria, como os franceses, cuja lei recente data de 1.985 e já conta com várias modificações, não falam mais nos termos falência e concordata. A nova versão da lei de quebras francesa fala simplesmente em recuperação ou liquidação de empresas.

Neste sentido, pensamos com os pensamentos lúcidos e oportunos do ilustre jurista e especialista no Direito Falimentar, o saudoso professor Nelson Abraão: “Na realidade, as noções de insolvência, de impontualidade, de inadimplemento, perfeitamente ajustadas no cenário concursal de concepção privatística (na relação devedor-credores) estão hoje superadas ‘pela crise econômica da empresa’. Já não se fala em insolvência, fala-se de situação de crise econômica, conceito metajurídico e – o que é mais importante – sem possibilidade de ser confundido com os que habitualmente utilizam as Leis Concursais.”

Este é o primeiro grande paradigma que deveremos enfrentar, pois, como também nos ensina Nelson Abraão, “falência e concordata são termos medievais e precisamos elaborar uma nova lei que atenda às necessidades do Brasil do próximo século”.

A principal conquista que teríamos com este novo conceito de recuperação de empresa seria a verdadeira valorização da continuidade das atividades produtivas, pois só seria elegível à recuperação aquela empresa que se

mostrasse viável. O jogo do “faz-de-conta” terminaria em definitivo, pois a empresa que não reunisse condições para a recuperação estaria fadada à imediata liquidação judicial, sem haver qualquer possibilidade de lesar os interesses dos trabalhadores e credores, além de se arrastar num processo moroso por anos e anos, emperrando a máquina judiciária.

Confiamos que a importância e relevância do tema para a economia nacional irão estimular ainda mais os debates entre nossos ilustres Pares, mas alerta que, desde já, devemos nos esforçar, ao máximo, para entender o conteúdo técnico jurídico da proposição e, principalmente, refletir sobre a importância do novo conceito de recuperação e da liquidação judicial da empresa, não apenas como mais uma inovação conceitual e, sim, como uma brutal evolução no atual tratamento que é dado ao instituto falimentar, hoje tão desprovido de credibilidade.<sup>80</sup>

Como visto, o próprio legislador pátrio indica a intenção de se harmonizar os interesses envolvidos na recuperação de empresas, pontuando a necessidade de adequação do que já adotado em outros países pelo mundo, no tocante aos interesses envolvidos com a empresa em crise.

---

<sup>80</sup> COIMBRA, Márcio Chalerge. **A recuperação de empresa:** Regimes jurídicos brasileiro e norte-americano. Porto Alegre: Sintese, 2000. p. 114-115.

## **5 O ABUSO DO DIREITO DE VOTO NA AGC**

### **5.1 Da dissociação entre abuso de direito, fraude e desvio de poder**

Antes de adentrarmos na análise do abuso de direito, necessária faz-se necessária a distinção do que sejam o abuso de direito, a fraude e o desvio de poder.

Os institutos supracitados, muitas das vezes, confundem-se em razão da proximidade que guardam com a conduta antijurídica e, na verdade, são condutas antijurídicas, de modo que contrariam o fim dado pelo Direito Objetivo. Contudo, em que pese a aparente similitude, longe estão de serem juridicamente iguais.

O raciocínio que se faz para a análise do que seja um instituto ou outro perpassa pela compreensão de sua forma de manifestar no mundo jurídico. Então, passemos a analisar cada um deles.

O abuso de direito, instituto que será estudado mais a fundo no tópico seguinte, trata-se de conduta que, autorizada pela norma jurídica, extrapola os limites do direito subjetivo, considerando, dentre outros fatores, a vontade do agente, a destinação do ato, a satisfação do interesse do agente e a lesividade ou não a direito de outrem.

Adota-se como exemplo o credor que exerce cobrança de forma vexatória em uma relação de consumo. Dúvidas não há no fato de que é legítimo o credor exigir a satisfação de seu crédito. Contudo a norma limita tal exercício de direito, fato este constante do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>81</sup> que impõe que o credor, ao exercer a cobrança, não se valerá de meios vexatórios para fazê-la.

Observa-se que os limites são ditados pelo Direito Objetivo, direcionando a conduta do sujeito detentor do Direito Subjetivo em um sentido determinado, com a finalidade de proteger direito de terceiro ou de uma coletividade.

---

<sup>81</sup> Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

A fraude, por sua vez, consubstancia-se na utilização de uma norma que atribui um Direito Subjetivo a alguém, no entanto, como meio deste alguém furtar-se da incidência de outra norma imposta pelo Direito Objetivo. Em outras palavras, vale-se o agente, legitimamente de uma norma, para alcançar direitos atribuídos por outra norma, seja ela para determinar um ato ou proibi-lo.

Cite-se como exemplo a utilização de uma doação feita por um devedor para frustrar o crédito de seus credores.

Nesse prisma, manifesta-se Fernando Augusto Cunha de Sá:

Ora, que a fraude à lei, como violação de uma específica proibição normativa, se reveste da qualificação jurídica ilicitude é conclusão extremamente importante para a diferenciar do abuso de direito, quando para este já foi encontrado um lugar dogmaticamente autônomo dentro do domínio da antijuridicidade.

Acresce que, enquanto o acto abusivo só põe em causa a norma jurídica que qualifica como possível ou autorizado determinado comportamento em termos de direito subjectivo, no acto fraudulento há que distinguir a norma jurídica cuja específica proibição é por ele violada e uma outra norma jurídica que serviu de instrumento à fraude e com a qual aquela violação se pretende encobrir. E, se o abuso se apresenta como comportamento que preenche a forma do direito subjectivo de que o acto praticado se diz exercício, sendo em relação ao fundamento axiológico de tal direito que se mostra contrário, já a fraude à lei revela a própria contraditoriedade com a conduta que a norma fraudada impõe em concretos termos de obrigatoriedade: além, há que recorrer ao sentido unitário da estrutura e do valor que preside a certo direito subjectivo; aqui, afastada que seja a aplicação da norma que serviu de instrumento à fraude, basta enucelar a proibição formalmente contida no preceito imperativo violado. Numa palavra, o abuso ocorre por ocasião do (ou relativamente ao) exercício de um direito subjectivo, a fraude à lei pelo não cumprimento de uma obrigação legal a que acto deveria submeter-se.<sup>82</sup>

No que toca ao desvio de poder, da mesma forma, há uma latente proximidade dos institutos, contudo com uma pontual dissociação, qual seja, a relação da conduta com a legalidade administrativa.

Com esse raciocínio, temos que, no abuso de direito, a conduta relaciona-se com os agentes inseridos no ato, dentro de uma órbita privada. Já no abuso de poder, a conduta dos agentes insere-se na órbita administrativa.

Nesse ponto, há que se fazer uma distinção entre a legalidade incidente sobre o poder público e a legalidade incidente sobre o particular. No primeiro caso, a lei

---

<sup>82</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso de direito**. Porto: Almedia, 1997. p. 535-536.

limita restritivamente os atos da administração pública, determinando seu fim específico, autorizando que o agente público exerça tão somente os atos prescritos pela norma. Já na esfera privada, tudo é permitido, desde que não haja vedação legal.

Verifica-se que a dissociação não se encontra especificamente na norma autorizativa ou proibitiva da realização de determinado ato, nem mesmo em razão de sua finalidade, mas, sim, em que plano, consubstancia-se o ato desvirtuado de sua função, se na esfera privada ou se na esfera administrativa.

A administração pública, ao exercer seus atos, além de estar restrita ao que determina a lei, deve atingir, pelo exercício do ato, determinado fim, e não outro, atentando-se aos princípios que regem o próprio ato administrativo. Se ocorrer o ato administrativo, mesmo que tal prerrogativa esteja prevista em lei, e seu fim for diverso do que, de acordo com os limites estabelecidos para o seu exercício, se pretendia atingir, ocorrerá abuso de poder.

Ilustra-se tal situação a hipótese de que um agente policial necessite de realizar uma prisão de determinada pessoa. Entretanto, excede os limites de suas atribuições, agredindo verbal e/ou fisicamente essa pessoa. Há, pois, abuso de poder do Estado em exercer, através de seu agente, seu poder de polícia.

Nesse prisma, manifesta-se Fernando Augusto Cunha de Sá:

Casos de deslocação da ideia de abuso do direito para a disciplina jurídica da administração pública, com lugar específico ao lado dos actos administrativos ilícitos por desvio de poder, seriam, fundamentalmente, aqueles em que o órgão viesse a adaptar uma decisão brusca e inesperada quando tudo levava razoavelmente a crer que seria mantida uma persistente situação anterior dos administrados, isto é, quando a administração pública viesse subitamente pôr-se em contradição com a sua própria conduta anteriormente mantida.<sup>83</sup>

Feitas tais considerações, passemos a analisar o abuso de direito.

---

<sup>83</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso de direito**. Porto: Almedina, 1997. p. 543.

## 5.2 Aspectos legais sob a perspectiva das teorias do abuso de direito

Retomando o que foi historicamente registrado, temos o Estado absolutista, que guardava em seu fundamento a máxima de que o Estado se sobreponha aos interesses dos indivíduos, regulando de forma autoritária e absoluta as relações entre estes. A Revolução Francesa, por seu turno, advinda de um pensamento mais liberal, igualitário, propunha um Direito pautado nas liberdades individuais, na vontade do particular em detrimento da do Estado.

Neste momento, observou-se que os direitos individuais e particulares (compreendidos pelas relações entre os indivíduos) eram protegidos pela legislação (Código Civil napoleônico). O que se percebia era que o exercício de um direito, regularmente feito pelo detentor de tal Direito Subjetivo, mesmo que causasse prejuízo à sociedade, era protegido pelo Direito Objetivo. De tal sorte, a possibilidade de que o exercício de um direito pudesse findar em um abuso de direito era algo um tanto quanto contraditório. Ora, como o exercício de um direito, dado pelo Estado, pode ser contrário ao Direito, entendido como mecanismo de ordenamento social?

Os fundamentos da proteção dessa enorme autonomia privada, com o incremento das relações traçadas pelos particulares, sofreram certo abalo. O homem somente se insere em um grupo de outros homens para facilitar a satisfação de suas necessidades, que, de forma isolada, ou demoraria muito para atingir tal satisfação, ou sequer lograria êxito para tanto.

Após a revolução industrial, o desenvolvimento das sociedades, a expansão da economia e sua composição como uma sistema mundial, fizeram com que essa ideia de que os direitos individuais eram absolutos caiu por terra. O que surge, então, é a percepção de que o exercício dos direitos dos particulares está inserido em um contexto mais amplo que a esfera de interesses de quem os exercita.

Ultrapassa-se, assim, a ideia do direito particular absoluto, com efeitos relativos às partes. Resultando no entendimento de que o exercício de um direito está relacionado ao seu fim social, por estar inserido em um contexto jurídico-social.

O exercício de um direito subjetivo está condicionado à percepção privada do princípio da legalidade que, por sua vez, implica, para o direito privado, a aceitação



da premissa de que tudo é permitido, desde que não seja vedado pelo ordenamento jurídico. Tal princípio está elencado no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República.

Lançando mão, mais uma vez, do que explicita Plácido e Silva, temos a seguinte definição do vocábulo Legalidade:

Derivado do latim, de *legalis*, quer exprimir situação da coisa ou do ato, que se mostra dentro da ordem jurídica ou é decorrente de preceitos de lei. A legalidade do ato, assim, decorre em ter sido executado cósante as formalidades e exigências legais, ou segundo requisitos legalmente instituídos.<sup>84</sup>

O legislador, atento à abrangência do conceito de legalidade, inovou na ordem jurídica que rege o Direito Privado, dispondo expressamente no Código Civil de 2002 o que seja negócio jurídico, ato lícito e ato ilícito.

Analisando o artigo 185 do Código Civil, verificamos que o ato lícito é aquele que esteja de acordo com o ordenamento jurídico e, para sua validade, devem se observar as seguintes condições: (i) agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei, em razão da aplicação da regra que rege os negócios jurídicos.

Essa verificação do artigo 185, de acordo com Maria Helena Diniz, é em razão de que a

dicotomia está inserida como espécie de um gênero: ato jurídico em sentido amplo. Aplicando-se, portanto, a regra de que “aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se no que couber as disposições (CC.arts.104 a 184) atinente aos negócios jurídicos (CC.art.185).<sup>85</sup>

Partindo do que dispõe o referido artigo da legislação civil, observamos que o ato exercido por qualquer pessoa, física ou jurídica, deve guardar obediência ao ordenamento jurídico, aqui tratado como Direito Objetivo, ou ordem jurídica estabelecida de acordo com a vontade do Estado. Esta manifesta-se, em nossa realidade, através dos representantes do povo, legitimamente eleitos, atendendo,

<sup>84</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 823.

<sup>85</sup> DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 11. ed. rev. aum. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva. 2005. p. 216.

assim, não só às Leis, mas também aos costumes, princípios gerais de Direito, jurisprudências, doutrina jurídica, etc., para atingir seu fim, qual seja, a própria ordem.

Como continuidade sistemática do título II do Livro III do Código Civil, viu por bem o legislador tratar no Título III do Livro III do Código Civil, estabelecendo que ato ilícito é aquele exercido por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que venha violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

Aduz o legislador, expressamente no artigo 187 do Código Civil, que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Para nosso trabalho, vale analisar a questão do abuso de direito como ato ilícito, conforme tratado na regra geral insculpida nos artigos 187 e 185 do Código Civil.

Pois bem, o cotejo analítico traçado entre os citados dispositivos legais traz-nos um panorama interessante, qual seja, em que se consubstancia o abuso de direito.

Paulo Nader esclarece que “abuso de direito é uma forma especial de prática do ilícito, que pressupõe a existência de um direito sujeito, o seu exercício anormal e o dano ou mal-estar provocado às pessoas.”<sup>86</sup>

Na obra de Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschlager, temos a explanação de como compreendermos da melhor forma o abuso de um direito. Vejamos:

Na realidade o ponto de vista de Planiol é pouco flexível e se contrapõe às lições de Josserand, cuja clareza coloca um ponto final neste particular, o ato abusivo é aquele que, praticado em virtude de um direito sujeito, é, entretanto, contrário ao direito visto no seu conjunto, enquanto corpo de regras sociais obrigatórias. Assim, pode-se perfeitamente “ter por si tal direito determinado e, entretanto, ter contra si o direito em conjunto.”

---

<sup>86</sup> NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 21. ed. Forense: São Paulo, 2001. p. 336.

E continua:

Nesse mesmo sentido se posicionou Castanheira Neves, ao afirmar que a “fórmula aparentemente contraditória ‘abuso de direito’ é exacta expressão do fenômeno que justamente traduz a contradição entre cumprimento da estrutura formalmente definidora de um direito e a violação concreta do fundamento que material-axiologicamente constitui esse mesmo direito.

E conclui:

Enfim, justifica-se a utilização da expressão abuso do direito porque com ela se busca exatamente, ressaltar a situação fática que, embora encontre suporte no direito subjetivamente considerado, excede os limites do próprio direito, quanto o ato praticado, ainda que fundado naquele direito sujeito, é exposto ao crivo dos princípios sociais que atualmente norteiam nosso sistema jurídico.<sup>87</sup>

Na esteira do transcrito, cumpre relatar que o abuso de direito, objeto de estudo de vários autores, mereceu a construção de algumas teorias. A primeira delas, chamada de subjetiva, define que o ato abusivo somente iria se materializar no momento em que o agente, detentor de um direito subjetivo, o exercesse com o manifesto intento de provocar algum prejuízo. Assim, a característica do abuso de direito que lhe dava azo seria justamente a intenção do agente em lesar outrem.

A intenção, por sua vez, considerada como elemento preponderante para que se verificasse o abuso do direito, era de difícil identificação, sendo que o dolo e a má-fé são questões de foro íntimo, merecendo, assim, esta teoria crítica justificável.

Nas palavras de Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschlager, assim se revela a teoria subjetiva:

A primeira delas, a teoria subjetiva, foi sustentada principalmente por Bufnoir, Boudry-Lacantinerie, Domoombe e Chaveau. Para estes estudiosos, o exercício de um direito, com intenção de causar dano a outrem (dolo ou má-fé) e sem qualquer interesse econômico, seria bastante para configurar o abuso do direito.

No entanto, a exteriorização deste ponto de vista rapidamente suscitou fortes críticas da doutrina; todas elas relacionadas, de uma forma ou de outra, às dificuldades encontradas para identificar o dolo e/ou a má-fé.

---

<sup>87</sup> LAUTENCSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do Direito**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 24-25.

Afinal, trata-se de intenções cravadas no foro íntimo do sujeito e, portanto, dificilmente comprovadas através de um procedimento qualquer.<sup>88</sup>

Verifica-se, então, contrapondo a teoria subjetiva, a teoria objetiva radical, em que a ideia era que o próprio do exercício de um direito que causasse um dano seria um abuso de direito. O prisma pelo qual se analisa o abuso de direito toma outra direção, qual seja, a da verificação de dano a outrem, sem sequer passar pela esfera do *animus* do agente.

Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschlager explica:

Um dos mais renomados partidários do objetivismo radical, ao menos durante certo período de sua vida, foi Saleilles. Par o ilustre jurista, de acordo com a posição adotada na primeira edição do seu *étude sur La théorie de l'obligation d'après Le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, quem executasse ação qualquer, ainda que fundada num direito, devia indenizar o dano que porventura causasse. E isto porque, explicavam os objetivistas, o ato abusivo seria próprio ao exercício de qualquer direito.<sup>89</sup>

Tais ideias, com a evolução do pensamento, mostraram-se simplistas. Isso em razão da adoção de critérios frágeis como o da intenção, adotada pela teoria subjetiva, e o critério do resultado danoso, adotado pela teoria objetiva.

Dentre outras teorias, pontuamos a teoria do exercício contrário aos interesses. Tal teoria defende o argumento de que todo direito subjetivo é exercido com um determinado objetivo, que é satisfazer os interesses de quem o detém, desde que não cause lesão ao direito de outrem.

Com essa concepção, Jorge Manuel Coutinho de Abreu manifesta-se: “há abuso de direito quando um comportamento, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem”<sup>90</sup>.

Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschlager conclui:

---

<sup>88</sup> LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do Direito**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 37.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 38-39.

<sup>90</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito**. Porto: Almedina, 1999. p. 43

Na realidade, este critério é, antes de tudo, fruto da reunião de três subcritérios. Primeiramente, leciona o autor, “é abusivo o comportamento emulativo, isto é, o que visa apenas prejudicar outrem”. Também é abusivo o comportamento de que “derivem utilizadas actuáveis pelo direito invocado, quando essas utilidades se juntem (escusadas) desutilidades para outrem (já não cobertas pelo direito)”. E finalmente, há o abuso do direito no comportamento “que se diz exercício dum direito – não constituindo tal exercício, mesmo em abstrato, uma vantagem objectiva - , se revela resultar dele, em concreto, apenas (ou sobretudo), uma desvantagem para terceiro.”<sup>91</sup>

Conclui-se, portanto, que o exercício de um direito subjetivo insere-se em uma teia de diversos outros direitos dados pelo Direito Objetivo. O abuso de um direito verifica-se no momento em que o direito subjetivo é utilizado de forma contrária ao fim a que ele se destina e/ou no momento em que este, aparentemente regularmente exercido, causa prejuízo do direito de outrem.

### 5.3 O direito de voto e seu abuso na Lei 6.404/76

Dando continuidade ao raciocínio traçado até o presente momento, necessária se faz a verificação do tratamento dado ao voto na Lei 6404/76, sem qualquer intenção de esgotar o tema, que, em razão de sua importância e complexidade, necessitaria de um trabalho específico.

O direito de voto e seu exercício nas sociedades anônimas são de extrema importância para a consecução dos objetivos da atividade e de seus fins econômicos e sociais. De tal sorte, a regulamentação de tal direito deu-se na legislação do anonimato de forma mais detalhada e precisa, o que não se verifica na LFRE.

Por certo, a atividade empresária exercida pelas sociedades anônimas, historicamente, contempla uma peculiaridade extremamente relevante. Por tratar-se de uma sociedade de capital, e não de pessoas, as quantias investidas pelos sócios, muitas vezes, são vultosas, resultando em reflexos “além sociedade empresária”, incidindo sobre seus sócios, trabalhadores, mercado em que atua, Estado e sociedade.

---

<sup>91</sup> LAUTENCSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do Direito**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 38-39.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto é enfático:

A sociedade anônima, também chamada de companhia, “é um mecanismo jurídico criado para movimentar capitais. Nasceu nas bases do capitalismo moderno para permitir a reunião de expressivas somas de capitais e propiciar, assim, a realização de grandes empreendimentos, com redução dos riscos que as outras sociedades, baseadas no prestígio pessoal e na confiança mútua existente entre seus sócios, não conseguiam superar.”<sup>92</sup>

E continua aduzindo:

Por isso, a anônima é sinônimo de estabilidade e perenidade – que acentua, para boa parte da doutrina seu caráter institucional. Exacerbando a ideia desse tipo societário, pode-se dizer que a companhia é como que a personalização do capital.

O regime jurídico do anonimato é formado por normas muito especiais, diversas e, muitas vezes, incompatíveis com as previstas para a constituição e o funcionamento das demais sociedades. Na companhia impera uma aparente democracia, que impõe refreios aos administradores e ao controlador visando a proteção, não só dos sócios minoritários, mas também dos credores sociais, do Estado e da comunidade onde ela atuar, como se verá no decorrer deste livro.

Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira assim se manifestam:

Nada obstante, escrevendo em 1946, sintetizava Ripert a singular importância do instituto no mundo de hoje: “vimos a era das sociedades por ações” (1951, nº 20). A companhia é considerada, com razão, uma das grandes invenções institucionais que tornam possível a civilização ocidental alcançar o nível atual de desenvolvimento econômico e social. Justificam esse juízo a eficiência revelada na função de reunir recursos de grande número de pessoas para financiar empreendimentos produtivos; a contribuição para o desenvolvimento dos mercados de capitais, o aumento da formação de poupança e sua transformação em investimentos; a viabilização de empresas privadas de porte antes jamais imaginado, capazes de alcançar – graças à produção em massa – ganhos de produtividade que permitiram apreciável aumento dos níveis de consumo das populações;<sup>93</sup>

Conforme verificado, a doutrina reconhece a importância da atividade empresária exercida pelas sociedades anônimas, vindo a legislação reger a matéria

<sup>92</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual das companhias ou sociedades anônimas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 16.

<sup>93</sup> LAMY FILHO, Alfredo. **Lei das S.A.**: pressupostos e elaboração. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 20.

de forma detalhada. A intenção do legislador foi a de, através do Direito Objetivo, regular o Direito Subjetivo daqueles que reúnem grandes quantias de capital para atingir os objetivos sociais da atividade.

Os rumos da atividade e as decisões mais relevantes na vida de uma sociedade de capital não se dão da mesma forma que aquelas verificadas nas sociedades de pessoas. Uma sociedade limitada, por exemplo, com apenas alguns sócios, em razão da simplicidade de seu objeto, e, muitas das vezes, com capital social reduzido, toma suas decisões de maneira simplificada, sem grandes discussões e entraves.

Já as sociedades anônimas, pelos motivos já elencados, necessita de mecanismos reguladores que incidam sobre a formação da vontade social, que, pelo seu caráter institucional e importância econômico-social, merece cautela para a formação da vontade social.

Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira assim se manifestam:

Nas pequenas sociedades mercantis, fechadas ou de pessoas, nas quais todos os sócios se conhecem, a formulação da vontade social não costuma apresentar maiores problemas: o administrador é escolhido dentre os sócios, por tempo limitado, toma as decisões internas da sociedade, externamente a representa ouve os demais sócios se e quando entende, ou de acordo com os termos do contrato, as praxes e a rotina que estabelecem. Quando se transpõe a questão para um grupo de pessoas estranhas, que são convocadas, em número ilimitado, para participarem da mesma sociedade, ela se torna de extrema complexidade, submetendo-se à lei geral “da impossibilidade das escolhas coletivas unânimes”<sup>94</sup>

A vontade social, então, no caso das sociedades anônimas, dá-se pelo exercício do direito de voto, cuja regulamentação – rígida – dá-se pelos artigos 111 e 115 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e alterações posteriores.

Inicialmente, não foi inserido como direito essencial do acionista o direito de voto, “na consideração de a companhia abrigar, muitas das vezes, acionistas especuladores e investidores, que não demonstram interesse nos destinos da companhia e nos seus destinos”<sup>95</sup>, procurando somente investir suas economias

---

<sup>94</sup> LAMY FILHO, Alfredo. **Lei das S.A.**: pressupostos e elaboração. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 153.

<sup>95</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual das companhias ou sociedades anônimas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 133.

para obter retorno financeiro em razão do prestígio e da boa administração, principalmente nas abertas. Tal fato, somado à dispersão das ações das companhias, contribuiu para a adoção de um tratamento especial ao direito de voto.

O Decreto 434, de 1891, não considerava o direito de voto um direito inerente à ação, “mas sim ao acionista que possuísse um determinado lote de ações”<sup>96</sup>. Tal legislação fazia com que o controle da companhia e suas decisões fossem tomadas somente pelos acionistas majoritários, excluindo-se, de outro lado, o direito de voto aos acionistas minoritários.

O Decreto-Lei 2627/1940 vinculou o voto ao título (ação) e não ao acionista, suprimindo os votos dos acionistas preferencialistas até o limite de metade do capital social, alterando a ideia de controle dos majoritários, concedendo aos minoritários o direito de voto e harmonizando a ideia de igualdade de tratamento aos sócios.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto<sup>97</sup>, ao dispor a respeito da evolução do direito de voto nas sociedades anônimas, com o advento da Lei 6.404/1976, assim se manifesta:

A lei 6.404/1976, nesse ponto, foi mais além, ao proibir o exercício do direito de voto pelas ações ao portador (art. 112) e ao permitir a emissão de ações preferenciais sem voto ou com restrições a esse direito, até 2/3 do total das ações ao portador e limitaram a eliminação ou supressão do direito de voto das preferenciais até 50% do total das ações emitidas pela companhia (arts. 15, §2º, e 20). De qualquer modo, as ações preferenciais sem voto ou com o voto restrito, têm assegurado o direito de voto incondicionado em várias situações, a saber:

- a) Na Assembleia Geral Especial, para decidir a respeito da criação de nova classe de ações preferenciais, do aumento de ações preferenciais das classes existentes da alteração das preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização (art. 136, § 1º).
- b) na eleição de membro do Conselho de Administração de companhia aberta (art. 141, §§ 4º, II, 5º e 6º);
- c) na convocação do Conselho Fiscal, quando não permanente (art. 161, § 2º);
- d) na eleição de membro do Conselho Fiscal e respectivo suplente (art. 161, § 4º, a);
- e) sempre que a companhia deixar de pagar os dividendos fixos, cumulativos ou mínimos, que fizerem jus, por três exercícios sociais consecutivos, conservando o voto até o pagamento (art.111,§ 1º).

<sup>96</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual das companhias ou sociedades anônimas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 133.

<sup>97</sup> *Ibidem*. p. 133.



A Lei 6404/1976 proibiu o direito de voto às ações ao portador (art.112) e permitiu a emissão de ações preferenciais sem voto ou com restrições a esse direito, até 2/3 do total das ações emitidas (artigos 15, § 2, e 111, respectivamente).

As ações ao portador, como visto, foram suprimidas pela Lei 8921/1990, e a Lei 10303/2001 limitou a emissão de ações preferenciais sem direito ou com restrições a esse direito a 50% do total das ações emitidas.

Ultrapassado o breve relato histórico, passemos ao cerne da questão que permeia o voto na Lei 6404/1976. A vontade social, como dito, é formada através da deliberação ocorrida na assembleia geral, que se dá através do exercício do direito de voto daqueles detentores de ações que detenham tal prerrogativa.

Pois bem, o Direito Objetivo dado pelo Estado limita o exercício do Direito Subjetivo ao voto por parte dos sócios legitimados para tanto. O voto, dado em assembleia geral de acionistas, não se dá de forma livre de quaisquer limites.

José Eduardo Tavares Borba<sup>98</sup> afirma que: “Cada acionista terá a sua versão do que convém à sociedade e votará conforme seu entendimento, mas não poderá abusar de seu direito, transformando o voto em um vale tudo destituído de significado ético.”

Túlio Ascarelli assim se manifesta sobre as deliberações em assembleia geral de acionistas:

Em via preliminar pode-se observar concernir à “deliberação” a formação de vontade de “um” sujeito: constitui, ela, a vontade de “uma” parte, sendo, por isso, um ato unilateral. Esta vontade decorre, porém, das manifestações de vontade de mais pessoas, estas se fundem naquela que vale como manifestação única da parte, conforme as regras da maioria.

Já por isso é óbvia a distinção entre os vícios que dizem respeito à deliberação e aqueles que dizem respeito ao voto.

As deliberações não são diretamente manifestadas aos terceiros; a deliberação diz respeito à “formação” da vontade, não à sua declaração; os seus destinatários imediatos são os diretores, ou seja, o órgão executivo da sociedade; são eles que, por sua vez, comunicam a declaração aos terceiros.

As deliberações das assembleias de acionistas respeitam, ademais, em geral, diretamente não as relações da sociedade para com os terceiros, mas à organização da própria sociedade e às relações entre acionistas e

---

<sup>98</sup> BORBA, José Eduardo Tavares. **Direito Societário**. 8. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 343.

diretores; podem, no entanto, visar, diretamente, às relações para com os terceiros.<sup>99</sup>

Modesto Carvalhosa afirma que:

Nestas, o voto deve ser exercido *ex causa societatis*. O voto não deverá ser um mecanismo de realização dos interesses pessoais do sócio, mas o exercício de um poder delegado a ele pela comunidade de seus pares, a fim de que cada um contribua individualmente para a formação da vontade social.

O sócio, portanto, deve votar em estreita observância à própria condição de *membro da comunidade acionária*, pois que somente assim será possível proteger o interesse comum, acima dos interesses individuais dos sócios, muitas vezes conflitantes.

O interesse social não é, pois, a somatória dos interesses individuais de cada acionista, mas a *transcendência* desses mesmos interesses por um interesse comum a todos, definido no objetivo empresarial específico da companhia e nos fins sociais que são comuns a todas elas, qual seja, a realização do lucro.

Daí não ser a noção de interesse social de caráter psicológico, mas objetivo, já que explicitado no objeto da companhia e nos fins lícitos de lucratividade e de utilidade social ou coletiva.

Em consequência, o interesse individual não se soma ao interesse social, porém, qualitativamente, gradua-se ao nível dos interesses comunitários dos sócios. Deve ser exercido *uti societate* não *uti singuli*.<sup>100</sup> [grifos do autor]

O interesse da companhia deve, então, nortear o voto do acionista ao qual cumprirá avaliar esse interesse, adotando solução condizente.

A deliberação, assim, forma a vontade de uma parte, que é composta por diversos membros que, através do direito de voto, manifestam seus interesses individuais. Estes, para o regramento legal das Sociedades Anônimas, não podem dirigir-se em prejuízo da sociedade ou de terceiros, seja através do voto abusivo, seja através do voto conflitante com os interesses da sociedade.

Modesto Carvalhosa assim discorre:

No exercício dos poderes sociais, o sócio não pode fazer prevalecer o seu interesse particular sobre o interesse social. Consequentemente, a sociedade é um ente autônomo que os sócios se limitam a criar e instituir.

<sup>99</sup> ASCARELLI, Túlio. **Problema das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Quorum, 2008. p. 532-534.

<sup>100</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1.976, com as modificações das Leis n 9.457, de 5 de maio de 1.997, e n 10.303, de 31 de outubro de 2001**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2. p. 457.

O acionista passa a ser considerado como um órgão da sociedade que, no exercício do direito de voto, deve perseguir não o próprio interesse, mas, sim, o da companhia, ou, então, interesses da coletividade.<sup>101</sup>

Continua a elucidar Modesto Carvalhosa:

Se a manifestação do voto não traduzir o interesse coletivo, instaura-se o conflito de interesses e o abuso do direito de voto. Haverá interesse contrário à sociedade não apenas quando ela sofre uma perda imediata ou futura, mas também quando deixa de obter uma vantagem lícita; ou, então, quando do voto lhe advém um resultado menor do que seria obtido se outra fosse a manifestação decisória do acionista.

Haverá lesão, ao interesse dos demais acionistas sempre que se tente, com o voto abusivo, tolher-lhes os direitos patrimoniais, como, v. g., o direito a uma distribuição equitativa de dividendos além dos obrigatórios ou mínimos; ou, então, o cerceamento do direito de subscrição preferencial de valores mobiliários de emissão da companhia; ou, ainda, o direito político de voto ou de eleição de representantes dos minoritários nos órgãos de administração e fiscalização, assegurados por lei ou pelo estatuto.

O abuso do exercício do direito de voto configura-se quando o acionista não o exerce com moderação, isto é, contrariamente ao interesse da companhia e dos demais acionistas e com o objetivo de causar-lhes danos, seja cerceando-lhes direitos patrimoniais ou políticos, seja tentando alcançar enriquecimento ou obter vantagem sem justa causa.

O objetivo de causar dano é inerente à figura do voto abusivo. Configurar-se-á, portanto, o abuso do direito de voto, se este for exercido com a intenção de lesar a companhia ou um acionista, ou um grupo dentre eles.

A intenção de lesar a companhia ou outros acionistas mediante exercício do voto não deve, no entanto, ser subjetivamente perquirida, na medida em que dificilmente se pode distinguir, no capítulo da prova, o dolo do simples erro.

O caráter subjetivo da conduta tem sido posto de lado pela jurisprudência. Esta tem afirmado que o abuso deve reputar-se configurado mesmo que a intenção fraudulenta não esteja provada, bastando que a deliberação vise a alcançar fins que repugnam o sentimento jurídico.<sup>102</sup>

O voto, como manifestação de vontade, garantida ao sujeito, que, legitimado, manifesta sua vontade para a formação de um interesse comum encontra-se presente na legislação empresarial, de modo que sua manifestação mais proeminente se encontra na legislação que rege as sociedades anônimas.

<sup>101</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1.976, com as modificações das Leis n 9.457, de 5 de maio de 1.997, e n 10.303, de 31 de outubro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2. p. 448.

<sup>102</sup> *Ibidem*. p. 457.

Ao verificarmos a legislação do anonimato, temos o voto como objetivo da defesa de uma gama de interesses, que compreendem, também, os dos acionistas legitimados a exercê-lo.

A doutrina citada estabelece, em conclusão, que o acionista se perfaz como um órgão da sociedade, ou seja, deve ser considerado como elemento essencial para que os fins da atividade sejam atingidos.

O Direito Objetivo regulador das sociedades anônimas, como reflexo da vontade do Estado, sofreu variações ao longo do tempo. Vale aqui esclarecer que o pressuposto subjetivo, ligado à legitimidade para exercer o voto, alterou-se ao longo do tempo, sempre acompanhando as necessidades da realidade das empresas e de suas relações com o mercado.

A Lei 6604/76 insere limites e fins que implicam verdadeiros condutores do Direito Subjetivo ao voto nas deliberações sociais. O pressuposto subjetivo (delineado no capítulo 3 deste trabalho) impõe que somente será legitimado a votar aquele que seja detentor de ações ordinárias ou preferenciais, de acordo com o estabelecido no estatuto social e respectivo acordo de acionistas.

O pressuposto objetivo interno, relacionado ao interesse do sócio, faz com que, por óbvio, o voto sempre seja dado para que haja sua satisfação particular; noutro plano, o pressuposto objetivo externo dá-se pela função do ato de votar, ou seja, a qual fim se destina o voto, fim este dado pelo Direito Objetivo, que, nos casos das sociedades anônimas, é preservar a instituição, prevalecendo tal finalidade sobre o interesse particular de seus sócios, inclusive.

#### **5.4 O voto e o abuso do direito de voto na AGC**

Em situação diametralmente oposta à posição do acionista de uma companhia, encontra-se o credor membro de uma assembleia de credores. Este não tem, nem nunca teve, juridicamente interesse em contribuir pessoalmente para com a sociedade empresária devedora. Ele possui, na verdade, o interesse único e precípuo de ser pago. Somente isso.

Nesse momento, na estrita relação débito-crédito, há o Direito Subjetivo de perquirir em juízo o que de direito, seja através de ação de execução, seja através de ação de cobrança ou outra que o valha.

Contudo, o que deve fazer incidir sobre a perspectiva do voto na recuperação judicial, da mesma forma do que verificado na legislação do anonimato, é a verificação dos elementos que norteiam e limitam o exercício de tal direito. Como dito, o voto, além de atender o interesse pessoal de quem detém o direito de exercê-lo, deve ser destinado a um fim comum e determinado.

Com o procedimento de recuperação judicial instaurado, e sendo convocada a assembleia geral de credores, para que exerça suas funções legais, norteadas pelo Direito Objetivo, verifica-se a gênese da intenção estatal de harmonizar interesses conflitantes, lastreada pela ideia construída ao longo de séculos de preservar a atividade empresária.

A problemática posta dirige-se no sentido de que, além do interesse das classes de credores em se verem pagas da forma mais vantajosa possível, eventualmente em conflito com as possibilidades ofertadas pelo devedor no plano de recuperação judicial, pode-se observar ainda o conflito entre as próprias classes de credores e até mesmo entre os credores de uma mesma classe.

A matéria mostra-se extremamente sensível em razão da própria natureza conflituosa dos interesses contrapostos em um procedimento de recuperação judicial. Há o interesse particular dos credores em se verem pagos, mas há o interesse do Estado em preservar a unidade produtora, a satisfação do crédito, os postos de trabalho e a atividade.

Dessa forma, vislumbrar que a intenção do legislador é meramente garantir a satisfação do crédito é, a nosso ver, uma percepção míope e distorcida do instituto da recuperação judicial.

Rachel Sztajn assim se manifesta no artigo Notas sobre as Assembleias de Credores na lei de Recuperação de Empresas:

A questão do exercício do direito de voto pelos credores reunidos em assembléia geral permeiam interesses que podem não ser idênticos, havendo a necessidade de que todos compreendam a proposta e que tenham informações adequadas para decidirem. “Pensando em modelos de jogos de cooperação formulados em teoria dos jogos, e sabendo que cada

jogador só obterá o máximo se cooperar com os demais, as estratégias disponíveis podem ser estreitadas.<sup>103</sup>

A autora suprarreferida indica um modelo de jogos em que a cooperação deve ser ponto base para nortear o voto, fundada em informações precisas e as mais completas possíveis. Isso para que todos tenham a maior satisfação de seus interesses.

Sem adentrar na questão da teoria dos jogos aplicada à recuperação judicial, que, pela pertinência e profundidade, mereceria um estudo apartado, ousamos aduzir que as informações necessárias ao exercício do direito de voto não estão somente elencadas no plano de recuperação judicial apresentado, mas também na legislação em vigor, na jurisprudência, nos costumes comerciais, na boa-fé, etc.

Outrossim, o exercício do direito de voto, seja para modificar o plano, para aprovar o plano ou para rejeitar o plano, pode ser eivado de abusividade no momento em que se demonstra, no caso concreto, desvirtuado do fim a que ele se destina, seja por violação literal da lei, seja por violação do interesse de quem vota, seja em razão de violação do direito de terceiro, independentemente de dolo.

Nesse contexto, pode ser verificado o abuso do direito de voto, mesmo quando haja a provação do plano de recuperação judicial, desde que haja prejuízo aos demais elementos que definem o fim do instituto recuperacional.

Vale citar, como exemplo, o que ocorrido no julgamento do Agravo de Instrumento número 493.240.4/1-00 - SP, em que houve a alteração da situação de credor, quando da modificação do plano de recuperação judicial apresentado pela Eucatex S/A Indústria e Comércio, em sede de assembleia geral de credores.

Vejamos a ementa:

Recuperação judicial. Plano de recuperação judicial. Assembléia-geral dos credores. Proposta de credores para alteração do plano originalmente apresentado pela devedora. Contra-proposta a essas alterações, apresentada por esta. Admissibilidade. Desnecessidade de reabertura do prazo para objeções ou apresentação de novo estudo da viabilidade econômica. Inteligência do art. 56 e seu §3ª, da Lei 11.101/05. Necessitando, as alterações do plano pela assembléia-geral, da

---

<sup>103</sup> SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembleias de credores na lei de recuperação de empresas. **Revista de Direito Mercantil**. v.44. n. 138, p. 53-70.

concordância do devedor, admissível que, à vista daquelas propostas feitas pelos credores o devedor apresente modificações, cujo exame deve ser feito na própria assembléia-geral. Recuperação judicial. Migração de concordata preventiva, com extinção desta. Plano de recuperação judicial alterando decisão proferida em habilitação de crédito na concordata. Alegação de preclusão. Inocorrência. Extinção do processo de concordata, voltando crédito a ser incluído pelo seu valor e qualidades originais, deduzidas as parcelas eventualmente pagas.

Com a extinção do processo de concordata em razão do pedido de recuperação judicial, os créditos habilitados naquela voltam a figurar nesta com a qualidade e valor originais, deduzidas as parcelas já pagas, podendo o plano de recuperação judicial conferir tratamento diferenciado ao indicado na motivação da decisão prolatada na habilitação. Recuperação judicial. Plano de recuperação judicial. Previsão de conversão de debêntures em ações. Impossibilidade, sem a concordância do detentor do crédito. Violação do inciso XX do art. 5o da Constituição Federal. Embora bastante mitigada a interferência judicial na recuperação judicial, não pode o juiz, à vista de plano que, apesar de aprovado, viola o ordenamento jurídico, deferir a recuperação.<sup>104</sup>

O cerne da questão abordada no julgado revela a alteração da condição de um dos credores, detentores de debêntures conversíveis em ações, para uma posição prejudicial em relação à sua situação originária. A alteração aprovada em assembleia foi justamente converter as debêntures de determinados credores em ações, o que claramente trata de forma diferenciada um credor específico, transmutando sua realidade para codevedor da empresa em recuperação judicial.

A citada jurisprudência assim consignou:

Ora, o plano de recuperação judicial aprovado impôs a conversão do crédito dos debenturistas em ações da empresa em recuperação. Violou, assim, a liberdade fundamental assegurada pela Constituição da República. Transformou o credor, ainda que subordinado, em acionista da empresa, assumindo, com isso, a responsabilidade pela recuperação. A medida é, evidentemente, violadora do ordenamento jurídico. A rigor, competia ao magistrado, apesar da aprovação do plano, indeferir a recuperação judicial e decretar a falência. Todavia, não se olvidando da finalidade inicialmente mencionada, melhor será dar nova oportunidade aos credores para<sup>105</sup> que, em outra assembléia-geral, alterem o plano, eliminando a violação apontada. 6. Para tal fim, anula-se a aprovação do plano de recuperação judicial, devendo outra assembléia-geral ser realizada.

<sup>104</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Agravo de Instrumento** AI - 493.240-4/1-00, da Comarca de SALTO – SP. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=4932404100>>. Acesso em: 12 mai. 2012.

<sup>105</sup> *Ibidem*

Cite-se outra hipótese em que se poderia configurar abuso de direito de voto, consistente naquela em que, apesar de um ou mais credores serem contemplados pelo plano de recuperação judicial com o pagamento à vista de seus créditos, votam pela rejeição do plano. Ora, aqui se tem um conflito latente. O abuso de direito, como visto, consiste não só na existência da violação de direito de terceiro, mas também pela violação e não atendimento de interesse pessoal do agente.

Na esteira do que foi retratado no capítulo terceiro, o abuso de direito é observado quando o exercício de um direito dado pelo Direito Subjetivo não atende a vontade do agente, a destinação do ato, a satisfação do interesse do agente e a lesividade ou não a direito de outrem.

Além disso, o artigo 47 da lei de recuperação determina que a recuperação judicial possua fins bem delimitados, mas de complexa compreensão no caso concreto. O que, de plano, afasta a ideia de que o único objetivo da recuperação judicial é a satisfação do crédito, como dito anteriormente.

#### *5.4.1 O artigo 47 da Lei 11.101/2005 como orientador do voto*

O legislador, ao instituir a recuperação judicial, vincula o intérprete e os agentes que participam do processo de recuperação do empresário que se vê em dificuldade econômico financeira. A destinação da lei é clara e encontra-se prevista no artigo 47 da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.

Ilustra-se tal assertiva com o seguinte excerto jurisprudencial<sup>106</sup>:

Não se pode ignorar a finalidade da recuperação judicial, que é a de "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" (art. 47). Daí a necessária conjugação dos interesses dos credores e do devedor, na medida em que, se as alterações propostas por aqueles não forem por este aprovadas, haverá o risco de recusa do plano e,

<sup>106</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Agravo de Instrumento** AI - 493.240-4/1-00, da Comarca de SALTO – SP. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=4932404100>>. Acesso em: 12 mai. 2012.



consequentemente, do decreto de quebra. Essa preocupação foi erigida em princípio norteador da elaboração da nova lei.

No parecer nº334, de 2004, do relator, o saudoso Ramez Tebet, destacou - se que "em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados 'intangíveis', como o nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, know-how. Treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros"

Não é por outra razão que, apesar de rejeitado o plano inicialmente apresentado pela VARIG, se concedeu a oportunidade de apresentação de novo plano, afastando-se a interpretação gramatical do art. 56, § 4o, da Lei 11.101/05, em nome da preservação da empresa.

Assim, obrigatoriamente, há que se fazer uma interpretação lógico-sistemática entre a Lei especial (11101/2005) e a Lei geral (10406/2002) para verificar-se se houve abuso do direito de voto na assembleia geral de credores, constatando, no caso concreto, a ponderação entre os pressupostos objetivos do exercício do Direito Subjetivo ao voto, e seus limites, todos dados pelo Direito Objetivo.

No momento em que o devedor deflagra o procedimento de recuperação judicial, apresentando seu plano ao magistrado, a situação jurídica preexistente entre credor e devedor delinea-se com aspectos mais complexos.

O legislador, atento à evolução das relações comerciais, reconhecendo a importância da atividade empresária, adequou a legislação concursal brasileira às legislações alienígenas, reconhecendo que a preservação da atividade é balisa para sustentar o instituto da recuperação judicial.

Há, pois, a necessidade de que a lei especial de falência e recuperação de empresas e a lei geral civil, disposta pela Lei 10406/2002, pontualmente no tocante ao direito de voto na assembleia geral de credores, sejam utilizadas como um perfeito diálogo de fontes, viabilizando o atendimento à intenção do legislador que objetivou, expressamente no artigo 47 da Lei 11101/2005 os fins do instituto recuperacional.

Utilizando-se de um raciocínio obtido através do que foi citado, quando verificamos que o sócio de uma sociedade anônima pode ser reconhecido como um órgão desta, devendo, portanto, agir para o atendimento do fim social da atividade exercida, vislumbra-se a ideia de que a assembleia geral de credores é da mesma forma um órgão destinado a atingir a preservação da atividade empresária.

Reforça-se tal argumento pela ideia de que mesmo com a reprovação do plano de recuperação judicial, com a consequente convolação da recuperação judicial em falência, pode-se preservar a empresa. De outro lado, a aprovação do plano, que seja manifestamente inviável, pode violar os fins a que se destina a recuperação judicial.

Assim, a recuperação judicial deve ser o instrumento para o reerguimento do empresário devedor, e, sendo a assembleia geral de credores um órgão colegiado, também instituído pelo legislador, suas deliberações não devem expressar tão somente o interesse pessoal de cada credor, mas, sim, o interesse teleológico da recuperação judicial, dado pelo artigo 47 da LFRE.

## 6 CONCLUSÃO

Pelo desenvolvimento do estudo proposto, verificou-se que o direito concursal brasileiro atualmente em vigor sofreu sensível alteração em relação ao diploma anteriormente vigente.

O instituto da recuperação judicial, por sua vez, foi fruto de um estudo aprofundado da nova ordem empresarial e da verificação de que a então concordata preventiva e suspensiva não atendiam aos anseios dos agentes envolvidos na órbita das relações em que as sociedades empresárias se desenvolviam, e que, por diversos fatores, não atingiam ao fim primordial, que era a satisfação dos interesses dos referidos agentes (trabalhadores, sociedade, credores e Estado).

A Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, ao introduzir a recuperação judicial de empresas, cristaliza a ideia de preservação da empresa, em todos os seus aspectos: a preservação (a) da fonte produtora, (b) do emprego (c) dos interesses dos credores, tudo com o fito de atingir a função social e estimular a atividade econômica.

Para que tal intento se atinja em um procedimento de recuperação judicial, o devedor em crise deve apresentar seu plano de recuperação economicamente viável, sendo que, caso haja alguma objeção, por qualquer dos credores, deverá ser convocada uma assembleia geral de credores para deliberar sobre a aprovação, rejeição ou modificação do referido plano.

A deliberação assemblear se dá pelo exercício do direito de voto. O cerne da questão é saber se há ou não limites para o exercício de tal direito, e até mesmo se há a possibilidade de abuso no direito de voto, por parte dos credores legitimados a votar.

Observamos no decorrer do trabalho que a recuperação judicial tem objetivos claros e definidos em lei, consubstanciados no artigo 47 da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, sendo que tal dispositivo legal deve ser considerado, não somente como orientador de todo o procedimento recuperacional, mas também como instrumento valorativo para o exercício do direito de voto.

Verificamos ainda que o ato de votar, como manifestação de vontade, se dirige sempre a um fim determinado. Da mesma sorte, o Direito Subjetivo ao voto, para a formação de uma vontade comum, sofre limitações do Direito Objetivo.

Como proposição, entendemos que o Direito Objetivo, que dispõe sobre a recuperação judicial e sobre o direito de voto, indica dois pressupostos inerentes ao exercício do Direito Subjeito de votar, quais sejam os pressupostos subjetivo e objetivo, para nortear e limitar o exercício do direito de voto.

O pressuposto subjetivo, como visto, é a legitimação para votar. O que não necessita de maiores divagações. Já o pressuposto objetivo, se subdivide em pressuposto objetivo interno e pressuposto objetivo externo. O pressuposto objetivo interno se dirige meramente à satisfação do interesse particular do agente. Em contra partida, deve se atender ao pressuposto objetivo externo, que é justamente a finalidade a que se destina o voto.

A legislação do anonimato é um corolário que afirma a subdivisão proposta no parágrafo anterior. O sócio da sociedade anônima deve preencher o pressuposto subjetivo para exercer o voto e, além disso, o voto deve atender não só seu interesse pessoal (que é inerente à sua condição de sócio), mas se dirige também em benefício da instituição empresária, não devendo visar somente seu anseio pessoal e nem ser exercido em conflito de interesses para com a companhia. O voto deve sempre se pautar no sentido de que a atividade atinja seus fins.

Na linha de tal raciocínio, há claramente a possibilidade de que o voto seja exercido de forma abusiva na recuperação judicial. O voto do credor legitimamente habilitado em assembleia geral de credores (o que preenche o pressuposto subjetivo) não deve atender apenas seu interesse pessoal (pressuposto objetivo interno), mas também deve satisfazer aos fins do instituto (pressuposto objetivo externo).

Neste sentido, 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, nos termos do artigo 47 da Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, devem ser considerados como disposições limitadoras do exercício do direito de voto na recuperação judicial, e,

ainda, como elementos para se apurar, no caso concreto, a presença de abuso de tal direito.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito**. Porto: Almedina, 1999.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. Comentários aos artigos 35 ao 46. In: DE LUCCA, Newton; SIMAO FILHO, Adalberto (Coord). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas e de Falências**São Paulo: QuarterLatin, 2003.

ASCARELLI, Túlio. **Problemadas sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Quorum, 2008.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, Malheiros, v. 35, n. 104, p.109-126, out.-dez. 1996.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BORBA, José Eduardo Tavares. **Direito Societário**. 8. ed.rev.,aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. **Decreto-Lei 7.661**, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del7661.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2011.

BRASIL. **Lei 11.101**, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2011.

BRASIL. **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1990/lei-8078-11-setembro-1990-365086-norma-pl.html>>. Acesso em: 13 fev. 2011.

BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2011.

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de Direito Empresarial**. São Paulo: Atlas, 1995.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**— o novo regime de insolvência empresarial. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. **Falência e recuperação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2003, v.2.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.) **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: QuartierLatin, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentário à nova lei de falências e recuperação de empresas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

COIMBRA, Márcio Chalerge. **A recuperação de empresa: Regimes jurídicos brasileiro e norte-americano**. Porto Alegre: Sintese, 2000.

CRETELLA NETO, José. **Nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei nº 11.101 de 09.02.2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CUNHA, Rodrigo Ferraz Pimenta da. **Estrutura de interesses nas Sociedades Anônimas**. São Paulo: QuartierLatin, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 17 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 1993.

DE LUCCA, Newton; SIMAO FILHO, Adalberto (Coord). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: QuarterLatin, 2003.

DE PÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 11. ed. rev. aum. e atual. De acordo com o novo código civil (lei n 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva. 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Compendio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. **Da concordata à recuperação judicial: investigando a recuperação extrajudicial**. Direito recuperacional – Aspéctos teóricos e práticos. São Paulo: QuarterLatin, 2009.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GALGANO, Francesco. **História do Direito Comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual das companhias ou sociedades anônimas**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GONTIJO, Vinícius Marques José. O empresário no novo código civil brasileiro. **RJTAMG**, Belo Horizonte, v. 94, p. 17-36, 2004.



HENTZ, Luiz Antonio Soares. A teoria da empresa no novo direito de empresa. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3085>>. Acesso em: 11 fev. 2011.

LACERDA, Paulo Maria de. **Da fallencia no direito brasileiro**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1931.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA FILHO, José Luiz Bulhões. **A Lei das S.A.: pressupostos, elaboração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, v.1.

LAUTENCSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do Direito**. São Paulo: Atlas. 2007.

LOBO, Jorge. Da Assembléia-Geral de Credores. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles, ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

MARCHI, Eduardo. **Concurso de credores e pactum ut minussolvatur**. 2. ed. Italia: [s.n.], 1999.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 21. ed. Forense: São Paulo, 2001.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários á nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thompson, 2005.

PERIN JÚNIOR, Ecio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 3. ed. São Paulo: Método, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. .d. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v.1.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 2.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas: de acordo com a lei 11.101 de 09-02-2005**. Barueri: Manole, 2008.

RODRIGUES, Frederico Viana. Autonomia do direito de empresa no novo código civil. In: VIANA, Frederico Rodrigues (Coord.). **Direito de empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso de direito**. Porto: Almedina, 1997.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Agravo de Instrumento** AI - 493.240-4/1-00, da Comarca de SALTO – SP. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&forNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=4932404100>>. Acesso em: 12 mai. 2012.

SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembléias de credores na lei de recuperação de empresas. **Revista de Direito Mercantil**. v. 138, [s.d.].

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quarter Latin, 2005.

TEIXEIRA, Egberto L. e GUERREIRO, José Alexandre T. **Das sociedades anônimas no direito brasileiro**. São Paulo: Bushatsky, 1979. 2v.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito Falimentar**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências** (Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945). Rio de Janeiro: Forense, 1962.