Doutrina & Atualidades

DIREITO SOCIETÁRIO E DIREITO RECUPERACIONAL: A NECESSÁRIA CONCILIAÇÃO

(Corporate Law and Reorganization Law: the Necessary Conciliation)

LUCAS BARROS

Não há, portanto, um direito das fallencias autonomo, um direito industrial autonomo, um direito das obrigações e contractos autonomo. Tanto o direito das fallencias, como o direito industrial, como o direito das obrigações e contractos, são ramos ou partes integrantes do direito privado. Só este é autonomo. (Octávio Mendes, *Direito Commercial Terrestre*, São Paulo, Saraiva, 1930, p. 81)

1. A interface entre direito societário e direito recuperacional. 2. O "Caso Daslu". 3. A equivocada contraposição entre direito societário e direito recuperacional: as (equivocadas) tendências judiciais: 3.1 Ausência de contraposição ou subordinação entre o direito societário e o direito recuperacional — 3.2 A natureza negocial da recuperação judicial e o processo "interna corporis" de formação de vontade das sociedades empresárias. 4. A necessária conciliação entre direito societário e direito recuperacional. 5. Conclusão.

Resumo: O artigo analisa a interface entre o direito societário e o direito recuperacional, aplicando o método indutivo. Para tanto, parte-se da análise do caso envolvendo a recuperação judicial das sociedades que usam a marca "Daslu", bem como de outros precedentes em que se analisou a matéria, a partir do quê se identificam equivocadas tendências judiciais a respeito da interface entre os microssistemas. O artigo propõe o necessário realinhamento e a conciliação entre o direito societário e o direito recuperacional, superando a equivocada contraposição entre os dois microssistemas observada na jurisprudência.

Palavras-chave: Caso Daslu; Conciliação; Direito Recuperacional; Direito Societário; Microssistemas.

Abstract: The paper analyses the interface between Corporate Law and Reorganization Law, applying the inductive method. For such purpose, it starts from the analyses of the case involving the judicial reorganization of the companies that uses the trademark "Daslu", as well as other judicial cases in which the matter has been analyzed, from which mistaken judicial tendencies regarding the interface between the microsystems are identified. The paper proposes the necessary realignment and reconciliation between Corporate Law and Reorganization Law, overcoming the mistaken contraposition between the two microsystems that is observed in judicial case law.

Keywords: Case Daslu; Conciliation; Corporate Law; Microsystems; Reorganization Law.

1. A interface entre direito societário e direito recuperacional

Os procedimentos concursais são um dos institutos que diferenciam os empresários e as sociedades empresárias, de um lado, dos não empresários, de outro lado, e atualmente podem ser considerados como a principal diferença que remanesce entre eles. Estes procedimentos estão, por essa razão, em interação necessária com o funcionamento das sociedades empresárias.

Seria de se esperar, assim, que a interpretação e a aplicação das normas de direito societário, que regem o funcionamento interno das sociedades empresárias, de um lado, e das normas aplicáveis aos procedimentos de falência e recuperação judicial e extrajudicial, de outro lado, se mantivessem em harmonia. Não apenas em razão de sua necessária interação nos procedimentos de insolvência, mas também por se tratar de dois microssistemas de um mesmo direito empresarial, sem qualquer subordinação de um ao outro,² assim como ocorre com os demais microssistemas do direito empresarial.

1. Cf., a esse respeito: Paula Andrea Forgioni, A Evolução do Direito Comercial Brasileiro - Da Mercancia ao Mercado, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2016, p. 85. A diferença no tratamento com relação aos procedimentos de falência remonta à especialidade da jurisdição a que se submetiam os comerciantes (cf., a esse respeito: Alessandro Lattes, Il Diritto Commerciale nella Legislazione Statutaria delle Città Italiane, Milão, Ulrico Hoepli, 1884, pp. 251 e ss. e 310) e chega a ser usada como elemento de perpetuação da dicotomia do direito privado (cf.: Rubens Requião, Curso de Direito Falimentar - Falência, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1975, p. 32). V., ainda, sobre os contornos históricos da especialidade da falência a comerciantes: Francesco Galgano, Lex Mercatoria, 5ª ed., Bolonha, Il Mulino, 2010, pp. 54-58. Para uma crítica à limitação dos procedimentos de insolvência aos empresários e sociedades empresárias, cf.: José Marcelo Martins Proença, "Os novos horizontes do direito concursal - Uma crítica ao continuísmo prescrito pela Lei 11.101/2005", RDM 151-152/47-62, São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

 Nesse sentido, cf.: Ricardo Tepedino, "O direito societário e a recuperação judicial", in Alberto Essa não é, contudo, uma constante nos casos envolvendo empresas em recuperação judicial: podem ser observadas tensões entre as normas de direito societário e direito recuperacional, ao menos pela interpretação e aplicação que se têm dado a elas nos procedimentos concursais.

Dentre essas situações de tensão está a possibilidade, ou não, de o plano de recuperação judicial envolver a realização de atos que dependam da aprovação prévia de sócios – em razão de quóruns de deliberação ou alçadas legais, estatutários ou previstos em acordos de sócios, bem como de direitos de veto ou voto afirmativo – e tais atos serem realizados sem que tal aprovação seja obtida nas instâncias societárias competentes, antes ou depois da aprovação do plano de recuperação judicial.

Esta tensão adquiriu especial visibilidade no caso envolvendo a recuperação judicial das sociedades que desenvolviam suas atividades sob a denominação e a marca "Daslu", em que acionistas minoritários pretendiam exercer direito de veto com relação à alienação de ativos das recuperandas, em particular a marca "Daslu". Embora esse seja o caso com maior repercussão e o assunto ainda seja de recente enfrentamento pelo Poder Judiciário, não é o único que enfrenta questões relacionadas ao exercício de direitos de voto afirmativo de sócios minoritários em sociedades sujeitas a recuperação judicial. 4

Venâncio Filho, Carlos Augusto da Silveira Lobo e Luiz Alberto Colonna Rosman (orgs.), *Lei das S/A em seus 40 Anos*, Rio de Janeiro, Forense, 2017, pp. 588-589.

- 3. Processo 0024498-11.2010.8.26.0100, perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo. O pedido foi formulado em 8.7.2010 e o processamento da recuperação judicial das sociedades foi deferido em 13.7.2010.O caso será detalhado no item 2, abaixo.
- 4. Cf. recuperação judicial da Renuka do Brasil S/A e outros (Processo 1099671-48.2015.8.26.0100, 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca da Capital do Estado de São Paulo).

A partir da apresentação dos fatos e histórico do processo judicial no "Caso Daslu" (item 2, abaixo) e da análise das tendências observadas a partir das decisões proferidas (item 3, abaixo), pretende-se propor uma alternativa de aplicação e convivência harmônicas do direito societário e o direito recuperacional,⁵ em particular na interação entre alçadas e quóruns internos de deliberação nas sociedades empresárias, decorrentes da lei, dos atos constitutivos ou de acordos de sócios, e medidas constantes do plano de recuperação judicial que estejam sujeitas a tais aprovações internas (item 4, abaixo).

2. O "Caso Daslu"

As sociedades Lommel Empreendimentos Comerciais S/A, Daslu – Licenciamento de Marcas e Comércio Ltda., DLSH – Comércio de Artigos de Vestuário Ltda. e DLM Participações Societárias Ltda., que desenvolviam suas atividades sob a denominação e a marca "Daslu", entraram em recuperação judicial em meados de 2010. A crise da empresa foi motivada por efeitos da crise de 2008, impactos negativos decorrentes da investigação policial denominada "Operação Narciso" e dificuldade de compatibilização de fluxo de caixa com escassez de recursos e parâmetros necessários para a gestão empresarial.⁶

O plano de recuperação judicial das sociedades submetido à apreciação dos credores previa, dentre outras medidas, a alienação de uma Unidade Produtiva Isolada/ UPI, composta pela marca "Daslu", bens do ativo permanente, estoques, dentre outros

- 5. Este artigo volta-se à análise da interação entre direito societário e direito recuperacional em processos de recuperação judicial, não se direcionando a procedimentos de recuperação extrajudicial, ainda que considerações equivalentes possam se aplicar a estes últimos.
- 6. Cf. item 2.3 do plano de recuperação judicial.

ativos, e passivos, ⁷ a serem transferidos a uma sociedade de propósito específico/SPE que seria alienada a terceiros no âmbito da recuperação judicial. O acordo de acionistas em vigor na Lommel garantia aos acionistas minoritários (grupo Bernese) o direito de vetar a alienação de ativos em processos de recuperação judicial ou extrajudicial em determinadas circunstâncias. ⁸

O plano foi deliberado na assembleia-geral dos credores ocorrida em 24.2.2011, quando o representante do grupo Bernese, que também era credor das sociedades, manifestou sua oposição ao plano e defendeu a necessidade de aprovação da alienação da UPI pelos acionistas minoritários integrantes do grupo, em razão do acordo de acionistas em vigor na Lommel.⁹ As alegações foram

- 7. Listados nos Anexos 1.2.23(a) e 1.2.23(b) do plano de recuperação judicial.
- 8. A cláusula refletia o disposto na Cláusula 4.1(iii) do Memorando de Entendimentos celebrado em 30.1.2007 pelas recuperandas e seus sócios, de um lado, e, de outro lado, por um credor (Interside Management N.V., que posteriormente cedeu sua posição contratual para Chipilands Holdings LLC, conforme refletido no Primeiro Aditivo ao Memorando de Entendimentos, celebrado em 1.3.2017).
- 9. Interessante notar que o voto da credora Chipilands Holdings LLC, uma das adquirentes da UPI (em conjunto com a Retail Participations 2 Ltd., ambas subsidiárias da LAEP Investments Ltd.), foi impugnado durante a assembleia-geral de credores pelo representante do grupo Bernese, sob o argumento de que a credora manteria relações negociais com a recuperanda que a caracterizariam como "sócia de fato". A Chipilands era titular de opção de compra sobre 75% das ações emitidas pela Lommel, nos termos do Memorando de Entendimentos celebrado em 30.1.2007 (cf. Cláusula Terceira). Embora não seja o escopo deste artigo, chama-se a atenção para o fato de que a possibilidade de aquisição de ações da Lommel pela credora Chipilands, em razão de opção de compra a ela outorgada, faz com que a credora detenha outros interesses que não apenas aqueles decorrentes de sua posição de credora da recuperanda. Ou seja: é uma credora que pode ter interesses relacionados à posição de sócio, sem ser uma sócia formal da recuperanda. Dessa forma, determinadas regras da lei recuperacional não se aplicam, em princípio, a essa credora, a exemplo

afastadas pelo representante das recuperandas, sob a alegação de se tratar de matéria de natureza societária, não afeta ao processo de recuperação judicial. O plano foi, então, aprovado pelas três classes de credores presentes (trabalhistas, com garantia real e quirografários).¹⁰

Na mesma assembleia-geral de credores foi aprovada pelos presentes, por maioria, a proposta para aquisição da UPI apresentada em 11.2.2011 por Chipilands Holdings LLC, também credora das recuperandas, e Retail Participations 2 Ltd.¹¹ A SPE que representava a UPI foi vendida por R\$ 1.000,00 e os

do art. 43 da Lei de Recuperações e Falências, que permite a participação de sócios da recuperanda nas assembleias-gerais de credores, retirando-lhes, por outro lado, o direito de voto nesses conclaves. Essa cumulação de interesses diversos, no entanto, pode fazer com que o credor não se comporte da forma como pressuposta originalmente quando da estruturação das normas da recuperação judicial, fazendo com que seja necessário adequar a estrutura e a interpretação da lei recuperacional a essa realidade, para atingir seus objetivos. Cf., a respeito da complexificação da posição dos investidores, inclusive em razão da cumulação de interesses de natureza diversa: Douglas G. Baird e Robert K. Rasmussen, "Antibankruptcy", The Yale Law Journal 2010, pp. 648 e ss. V. também, sobre a dissociação entre os direitos e deveres decorrentes da titularidade de títulos de dívida e títulos híbridos, possibilitada por instrumentos derivativos e outros instrumentos financeiros, que produzem efeitos semelhantes, Henry T. C. Hu, "Financial innovation and governance mechanisms: the evolution of decoupling and transparency", The Business Lawver 70/347-405, 2015.

10. Os credores que votaram no sentido da aprovação do plano, em percentuais dos créditos de cada classe, correspondem a 90%, 100% (houve duas abstenções) e 81,3% do total votante das classes trabalhista, com garantia real e quirografária, respectivamente. Os credores que votaram no sentido da aprovação do plano, em percentuais do número de credores de cada classe, correspondem a 66,7%, 100% (houve duas abstenções) e 91,9% das classes trabalhista, com garantia real e quirografária, respectivamente.

11. A proposta foi aprovada por credores representativos de 88,7% da base de votação, não tendo sido considerado o voto da Chipilands, por ser uma das proponentes. adquirentes assumiram a obrigação de nela realizar aporte de cerca de 65 milhões de Reais, sendo aproximadamente 44 milhões mediante a capitalização dos créditos detidos pela Chipilands e o restante em dinheiro.

Em 11.4.2017 o plano de recuperação judicial foi homologado judicialmente. A sentença registrou, ainda, que questões societárias não impediriam a homologação do plano aprovado em assembleia-geral de credores e poderiam ser objeto de discussão em sede própria.¹²

Os acionistas minoritários do grupo Bernese interpuseram agravo de instrumento contra a sentença de homologação do plano de recuperação judicial, dentre outras razões pela não observância do direito de veto de tais acionistas em alienações de ativos em processos de recuperação judicial, em particular a marca "Daslu". ¹³ O efeito suspensivo foi liminarmente concedido ao recurso, para impedir o registro da transferência da marca "Daslu" no Instituto Nacional de Propriedade Industrial/INPI, em 15.7.2011. A liminar foi cassada pouco tempo depois, em 2.8.2011, ¹⁴ com fundamento na soberania da assembleia-geral de credores e na impossibilidade

- 12. Cf. sentença judicial do Juiz de Direito Daniel Carnio Costa: "Os sócios, enquanto integrantes da pessoa jurídica, não tem [sic] legitimidade para impugnar o pedido de recuperação judicial da empresa. Desavenças societárias internas não devem ser objeto de discussão no âmbito de recuperação judicial de sociedade empresária. (...). Eventuais prejuízos decorrentes de descumprimento de acordo de acionistas ou mesmo decorrentes da condução dos negócios da sociedade deverão ser objeto de demanda própria a ser ajuizada perante o juízo competente. (...). Daí que a alegação de descumprimento dos termos do acordo de acionistas não é bastante para impedir a homologação do plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia-geral dos credores".
- 13. TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação Judicial, AI 0154311-66.2011.8.26.0000, de São Paulo, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 24.1.2012, v.u.
- 14. Em ambos os casos por decisão monocrática do Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, Relator do agravo de instrumento.

de direitos dos acionistas minoritários prevalecerem sobre o princípio da preservação da empresa.¹⁵

O agravo de instrumento não foi conhecido por decisão unânime de 24.1.2012 no TJSP. Reconheceu-se a ilegitimidade e ausência de interesse recursal de acionistas minoritários para questionar o plano de recuperação judicial aprovado em assembleia-geral dos credores, de forma que questões societárias deveriam ser discutidas em sede própria, e não nos limites do processo de recuperação judicial.16 O Desembargador-Relator, no entanto, embora não tenha conhecido do recurso, entrou no mérito dos argumentos dos recorrentes, afirmando que os direitos e interesses dos sócios minoritários não podem impedir o desenvolvimento da recuperação judicial, com fundamento no princípio da preservação da empresa e de sua

15. Cf. decisão monocrática do Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças: "No âmbito estrito de cognição da antecipação de tutela, deve prevalecer o entendimento desta Câmara especializada no sentido de que a assembleia-geral de Credores é soberana na aprovação ou rejeição do plano. Ademais, mesmo que os agravantes (sócios minoritários), em virtude de pacto parassocial, tenham o direito contratual de vetar pedido de recuperação judicial da empresa, evidentemente, tal direito não pode prevalecer sobre o princípio da preservação da empresa que informa a Lei n. 11.101/2005 e tem estofo na Carta Constitucional. Cumpre ressaltar que os direitos dos sócios, minoritários ou majoritários, não podem se sobrepor ao interesse social da empresa, nela sendo interessados os empregados, fornecedores, consumidores, a comunidade na qual ela atua, inclusive o Estado, que deve exigir seus créditos fiscais e parafiscais. Obviamente, as querelas intrassocietárias deverão ser dirimidas no palco judicial adequado e não nos lindes do processo de recuperação judicial que abrange interesses que pairam acima daqueles titularizados pelos sócios minoritários, majoritários ou controladores".

16. Cf. voto do Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças: "(...) as querelas intrassocietárias deverão ser dirimidas no palco judicial adequado e não nos lindes do processo de recuperação judicial que abrange objetivos que pairam acima daqueles titularizados pelos sócios minoritários, majoritários ou controladores".

função social, nos termos do art. 47 da Lei de Recuperações e Falências e do art. 170, III. da CF.¹⁷

No julgamento fez-se referência a precedente anterior do TJSP envolvendo a falência da sociedade Pérsico Pizzamiglio S/A. ¹⁸ Neste precedente foram interpostos três agravos de instrumento contra a decisão que concedeu recuperação judicial à sociedade antes submetida à falência, sendo um deles interposto por acionistas minoritários da sociedade. O agravo interposto pelos acionistas minoritários não foi conhecido, por falta de legitimidade recursal, com fundamento no art. 59, § 2º, da Lei de Recuperações e Falências. ¹⁹

Os acionistas minoritários do grupo Bernese interpuseram, então, recurso especial contra o acórdão do TJSP.²⁰ O recurso

17. Cf. voto do Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças: "Os direitos dos minoritários, mesmo que resguardado por pacto parassocial, não podem prevalecer sobre os direitos da própria companhia e de seus credores (...). Por isso, não se admite que o interesse dos sócios, sejam eles minoritários ou majoritários, obstaculize a recuperação da companhia e, desta forma, optem pela falência da sociedade, sob o pretexto de exercerem prerrogativas ou direitos que lhes foram concedidos em pacto parassocial".

18. TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 403.920-4/1-00, 403.931.4/1-00 e 404.275.4/4-00, de São Paulo, rel. designado Des. Romeu Ricupero, j. 29.3.2006, m.v.

19. A decisão foi tomada por maioria. O Des. Lino Machado apresentou voto divergente, conhecendo do recurso interposto pelos minoritários: "Os acionistas agravantes não se insurgem contra a recuperação judicial em si, mas quanto ao plano de recuperação apresentado pela administradora da falida. Evidente o seu interesse no exame da questão, se confirmada a viabilidade do beneficio, e, por decorrência, sua legitimidade para o recurso interposto (art. 5º, c/c o art. 499, *caput*, do CPC)".

20. STJ, 4ª Turma, REsp 1.539.445-São Paulo, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 13.3.2018, v.u. Foram opostos também embargos de declaração contra o acordão, rejeitados por unanimidade (ED 0154311-66.2011.8.26.0000/50000, de São Paulo, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 17.4.2012, v.u.).

especial não foi provido, pela ausência de legitimidade recursal dos sócios do grupo Bernese, que atuariam na qualidade de sócios titulares de direitos de veto, e não de credores da recuperanda, com fundamento no art. 59, § 2º, da Lei de Recuperações e Falências. 21 Esta foi a primeira decisão do STJ sobre o assunto, mantendo-se em linha com as decisões do Juízo de primeiro grau e do TJSP.

3. A equivocada contraposição entre direito societário e direito recuperacional: as (equivocadas) tendências judiciais

No "Caso Daslu" o Poder Judiciário. em todas as instâncias, negou a possibilidade de interferência de acionistas minoritários no procedimento de recuperação judicial, ainda que tenha havido uma violação das normas societárias que previam o direito de veto desses acionistas com relação à alienação de ativos em procedimentos de recuperação judicial, em particular a marca "Daslu". O fundamento para as referidas decisões foi uma questão processual: a ausência de legitimidade dos acionistas para questionar a aprovação do plano de recuperação judicial, já que o art. 59, § 2º, da Lei de Recuperações e Falências estabelece que têm legitimidade recursal contra decisão que homologar o plano de recuperação judicial apenas credores e o Ministério Público - não incluindo. portanto, dentre os legitimados os acionistas da recuperanda.22

Embora as decisões tenham se pautado por uma questão processual, em primeiro e

21. Cf. voto do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva: "Nesse contexto, não há como afastar a conclusão do Tribunal de origem no sentido da ausência de legitimidade dos credores, que, na realidade, atuam como acionistas, buscando impor aos credores da recuperação judicial a satisfação de obrigações que dizem respeito somente aos sócios".

22. Nesse sentido, cf.: Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, "Recuperação judicial – Alienação de Unidade Produtiva Isolada", RDM 164-165/204, São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

segundo graus, houve também a incursão no mérito da controvérsia. Em ambos os casos deixou-se expresso que os acionistas não poderiam obstaculizar o prosseguimento da recuperação judicial e do plano já aprovado, ainda que tivessem direito de vetar deliberações societárias necessárias para efetivação das medidas contempladas no plano de recuperação judicial, sob pena de afrontar o princípio da preservação da empresa, conforme o art. 47 da Lei de Recuperações e Falências e o art. 170, III, da CF.

Ressalta-se que este foi o fundamento que também levou o Poder Judiciário a afastar o direito de voto afirmativo de acionista minoritário que não havia aprovado uma das medidas necessárias à consecução do plano de recuperação judicial da Renuka do Brasil e outros,²³ em outro precedente sobre o assunto. Foi, ainda, o fundamento usado para determinação liminar da suspensão de deliberações assembleares da Oi que alterariam a composição da administração da companhia, incluindo administradores indicados por minoritários.²⁴ bem como decidir por não

23. Cf. decisão do Juiz de Direito João de Oliveira Rodrigues Filho de 6.12.2016: "A postura da acionista minoritária é inaceitável. Uma vez aprovado o plano de recuperação judicial, é obrigação da recuperanda, consequentemente, de seus acionistas, comportarem-se de modo a proporcionar o seu integral cumprimento. A criação da UPI Madhu está prevista no plano como uma das formas de soerguimento da empresa em recuperação e a votação contrária ao que já fora estabelecido no plano de recuperação judicial, homologado por este Juízo, é medida frontalmente violadora do art. 115 da Lei n. 6.404/1976, ainda mais porquanto não demonstrada utilidade econômica de tal postura. Pelo exposto, defiro à recuperanda o poder de adotar as medidas destinadas ao estrito cumprimento do plano de recuperação judicial, de modo a ser dispensado o voto afirmativo da acionista minoritária Halpink sempre que sua postura se mostrar contrária ao cumprimento do plano".

24. Cf. decisão do Juiz de Direito Fernando César Ferreira Viana de 8.2.2018: "O plano de recuperação certamente não se amolda a todos os desejos dos credores ou dos acionistas, e certamente os seus termos, como é normal, desagradam interesses,

convocar assembleia-geral para deliberação sobre alterações estatutárias e aumento de capital social da companhia.²⁵

Pode-se perceber, dessa forma, uma tendência equivocada por parte do Poder Judiciário em contrapor as normas de direito societário, de um lado, e as normas de direito recuperacional, de outro. ²⁶ A partir dessa

porém o mesmo foi realizado no melhor interesse da atividade empresária, objetivando o princípio maior da preservação da empresa. Tanto é assim, que merece homologação deste Juízo de Direito. Há mais. Nem se diga que houve qualquer equívoco, ou desconhecimento de que eventual alteração do plano de recuperação não poderia ser realizada extrajudicialmente, pois, conforme decisum de fls. 254.756, este Juízo de Direito vedou a prática de qualquer ato que tenha o fim de inviabilizar o cumprimento do plano de recuperação aprovado, rejeitando ainda a decisão que pretendia a reconsideração parcial do plano de recuperação no que tange à questão da governança da sociedade empresária, conforme magister dixit de fls. 255.624. Além disto restou claro, conforme decisum de fls. 256.092-256.094, que é inviável, sem validade e sem eficácia qualquer deliberação extrajudicial que atente contra as questões já homologadas no plano, não fazendo o Juízo manifestações meramente graciosas" (Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial do Foro da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro).

25. Cf. decisão do Juiz de Direito Fernando César Ferreira Viana de 8.1.2018: "Considero, contudo, que as alterações pertinentes, inclusive do estatuto social da companhia, aprovadas no PRJ dispensam a realização de AGE e podem ser levadas a cabo pelos órgãos de direção da companhia, com base na autorização assemblear de credores, na forma prevista na LRF, que é lei especial em relação à LSA sobre a matéria. (...). Portanto, a convocação de AGE é absolutamente desnecessária para dar eficácia à decisão soberana dos credores. Pelo contrário, a convocação de assembleia de acionistas, nesta hipótese, reinstalaria a instabilidade fortemente rejeitada pelo Judiciário durante todo esse processo de recuperação judicial" (Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial do Foro da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro).

26. Ressalta-se, a esse respeito, que a decisão do STJ, por maioria, em conflito de competência envolvendo a recuperação judicial da Oi S/A (STJ, 2ª Seção, CComp 157.099-RJ, rela. Min. Nancy Andrighi, j. 10.10.2018, m.v.) parece reverter a equivocada tendência jurisprudencial observada

contraposição, observa-se também a tendência judicial no sentido de se concluir que as normas de direito recuperacional devem prevalecer em procedimentos de recuperação judicial, afastando as normas de direito societário.²⁷ Não se pode, contudo, concordar com qualquer uma das duas conclusões acima.

em precedentes anteriores e criticada neste artigo. A decisão caminhou no sentido de pareceres dos professores Carlos Alberto Carmona e Fábio Ulhôa Coelho apresentados no processo e referenciados no voto da Relatora.

27. As declarações do Juiz de Direito João de Oliveira Rodrigues Filho, em decisão de 7.12.2016, sobre embargos de declaração opostos contra a decisão anterior que afastou o voto afirmativo do acionista minoritário na recuperação judicial da Renuka do Brasil e outros são particularmente esclarecedoras dessa tendência: "O que precisa ser entendido pela embargante é o fato de a recuperação judicial, desde o momento do deferimento do seu processamento até o seu encerramento, em casos de aprovação de plano, impor à sociedade um regime jurídico especial, no qual as regras da Lei n. 6.404/1976 devem se amoldar, posto se tratar de um remédio destinado à empresa em situação de anormalidade, que busca o seu soerguimento. (...). No entanto, a partir do momento no qual a sociedade entra no regime da recuperação judicial, há ampliação do arcabouço jurídico no qual os sócios devem se comportar, mormente com aprovação de plano, pois o seu descumprimento acarretará, inexoravelmente, ex vi legis, a sua convolação em falência, ou seja, o pior cenário econômico para o sócio. De novo é importante consignar que o cumprimento do plano de recuperação judicial não se sujeita ao quanto previsto no acordo de acionistas. O regime jurídico sobre o qual a recuperanda está inserida possui caráter especial, que se sobrepõe ao acordo de acionistas firmado". A acionista minoritária agravou da decisão e obteve liminarmente efeito suspensivo, conforme decisão monocrática do Des. Alexandre Marcondes de 19.12.2016: "Os fundamentos do recurso são relevantes, pois de fato a decisão impugnada é genérica e contém forte carga de subjetivismo. (...). Assim, não pode o direito de voto da agravante ser restringido, especialmente mas não só no que diz respeito à deliberação acerca do aumento do capital e à avaliação da empresa, seja em reunião do conselho de administração ou em assembleia regularmente convocada para deliberar sobre o tema" (TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI 2257715-26.2016.8.26.0000, de São Paulo, rel. Des. Alexandre Marcondes, não julgado até a data de elaboração deste artigo). Em favor do

Há ao menos duas razões pelas quais as tendências judiciais acima não se sustentam, que serão mais bem detalhadas a seguir: (i) a ausência de contraposição ou subordinação entre os microssistemas do direito societário e do direito recuperacional (item 3.1, abaixo); e (ii) a natureza negocial da recuperação judicial frente ao processo *interna corporis* de formação de vontade das sociedades empresárias (item 3.2, abaixo).

3.1 Ausência de contraposição ou subordinação entre o direito societário e o direito recuperacional

As normas de direito societário e de direito recuperacional não estão em contraposição, mas, pelo contrário, devem ser aplicadas em conjunto, de forma compatível e harmônica, em procedimentos de recuperação judicial.²⁸ O ordenamento jurídico – e em particular o direito empresarial – é uno, de forma que, por mais que haja microssistemas com regras especiais, todos eles remetem ao

afastamento de normas societárias, cf.: Nelson Marcondes Machado, "Assembleia-geral de credores e seus conflitos com a assembleia-geral de acionistas", in Rodrigo Monteiro de Castro e Leandro Santos de Aragão (coords.), Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, 2006, pp. 154-162; Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, "Direito de retirada: tratamento legal na falência e na recuperação. Hipóteses de suspensão, possibilidade, ou não, de eliminação do direito de retirada", in Rodrigo Monteiro de Castro e Leandro Santos de Aragão (coords.), Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, 2006, p. 105; e Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, "O status jurídico do controlador e dos administradores na recuperação judicial", RDM 143/22, São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

28. Defendendo a inexistência de conflito entre direito societário e direito recuperacional, cf.: Ricardo Tepedino, "O direito societário e a recuperação judicial", cit., in Alberto Venâncio Filho, Carlos Augusto da Silveira Lobo e Luiz Alberto Colonna Rosman (orgs.), *Lei das S/A em seus 40 Anos*, pp. 587-591.

mesmo conjunto organizado de regras, que funciona como um todo único e coeso.²⁹

Como consequência lógica da não colidência entre si, não há razão para afastamento das normas de direito societário e de direito recuperacional, umas pelas outras, nos procedimentos de recuperação judicial.

Conclusão diversa seria, de fato, contrária à premissa de que a sociedade mantém seu funcionamento normal durante o processo de recuperação judicial, sem prejuízo da renegociação das dívidas com seus credores em sede judicial.³⁰ Não se trata de regime de exceção, nem de afastamento das normas aplicáveis à sociedade recuperanda, inclusive aquelas de direito societário.³¹

É o que ocorre, por exemplo, com recuperações judiciais que envolvem sociedades sujeitas a órgãos reguladores, como ANA-TEL e CVM, cuja regulação deve continuar a ser observada pela recuperanda, ainda que submetida a processo de recuperação judi-

29. V., a respeito das tendências de formação de microssistemas de Direito, Natalino Irti, *L'Età della Decodificazione*, 4ª ed., Milão, Giuffrè, 1999. Sobre a interpretação do Direito como um sistema único e "ordem de princípios gerais", cf.: Claus Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, trad. portuguesa de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, pp. 76-102.

30. Nesse sentido, reconhecendo que a sociedade "continua em sua vida normal" em procedimentos de concordata preventiva, cf.: Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 7ª ed., vol. 8, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1962, p. 546.

31. Reconhecendo não se tratar de "excepcionalidade" apta a afastar a aplicação da legislação especial, cf.: Sérgio Campinho, Falência e Recuperação de Empresa, 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2012, p. 167. Outro exemplo, para além do direito societário, é a necessidade de se respeitar o direito de preferência do locatário em caso de alienação de imóveis no âmbito da recuperação judicial (cf.: STJ, 3ª Turma, REsp 1.374.643-RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 6.5.2014). cial.³² O processo nessas situações torna-se naturalmente mais complexo, resultado da incidência simultânea de normas componentes de diversos microssistemas jurídicos.

Nesse sentido, deve-se notar, ainda, que a própria Lei das Recuperações e Falências estabelece, com relação aos possíveis meios de recuperação judicial estabelecidos no art. 50, a necessidade de ser "observada a legislação pertinente a cada caso". Previsão equivalente encontra-se no inciso II do mesmo art. 50, referente a operações de natureza societária, em que se prescreve o respeito aos direitos dos sócios, "nos termos da legislação vigente". É, dessa forma, determinação legal expressa a necessidade de respeito pelas demais normas aplicáveis, inclusive aquelas de natureza societária.³³

32. Foi o que ocorreu, por exemplo, na recuperação judicial da Oi S/A, em que a Agência Nacional de Telecomunicações/ANATEL suspendeu a indicação de membros do conselho de administração indicados pela acionista Société Mondiale Fundo de Investimento em Ações (cf. aviso de fato relevante de 8.11.2016) e posteriormente admitiu sua participação no órgão (cf. aviso de fato relevante de 6.1.2017), determinou cautelarmente que a companhia se abstivesse de celebrar contrato de suporte ao plano de recuperação judicial (cf. avisos de fato relevante de 6.11.2017 e 27.11.2017), entre outras interferências no processo de recuperação judicial, em razão de regulação aplicável ao setor de telecomunicações. Da mesma forma, houve o controle da Comissão de Valores Mobiliários/CVM sobre o exercício do direito de voto de acionistas nas assembleias-gerais em que seriam deliberadas medidas previstas para a recuperação judicial da Eneva S/A (Processo RJ-2015/5.021, rel. Dir. Pablo Waldemar Renteria, j. 25.8.2015, m.v.).

33. No sentido de submissão dos meios de recuperação judicial às normas, inclusive societárias, aplicáveis, v.: Ricardo Tepedino, "O direito societário e a recuperação judicial", cit., in Alberto Venâncio Filho, Carlos Augusto da Silveira Lobo e Luiz Alberto Colonna Rosman (orgs.), Lei das S/A em seus 40 Anos, pp. 587-591; Sheila Christina Neder Cerezetti, A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações — O Princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência, São Paulo, Malheiros Editores, 2012, pp. 229-230; Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn, Falência e Recuperação da

Não se pode considerar adequado, portanto, o afastamento das normas de direito societário em procedimentos de recuperação judicial, ainda que sob o pretexto de proteção do princípio da preservação da empresa, quer pela ausência de colidência lógica entre os microssistemas concursal e societário, no plano ontológico, quer pela existência de disposição legal em sentido contrário, com relação aos meios de recuperação judicial.

3.2 A natureza negocial da recuperação judicial e o processo "interna corporis" de formação de vontade das sociedades empresárias

A tendência judicial de afastamento das normas societárias em processos de recupera-

Empresa em Crise – Comparação com as Posições do Direito Europeu, São Paulo, Elsevier, 2008, pp. 237-243; João Pedro Scalzilli, Luís Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, Recuperação de Empresas e Falência – Teoria e Prática na Lei 11.101/2005, 2ª ed., São Paulo, Elsevier, 2017, p. 380; e Marcos Andrey de Sousa, "O plano de recuperação judicial e os direitos dos sócios", in Ivo Waisberg e José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro (orgs.), Temas de Direito da Insolvência – Estudos em Homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho, São Paulo, IASP, 2017, pp. 723-732.

Da mesma forma, reconhecendo o direito de preferência dos acionistas em caso de alienação de controle, como meio de recuperação judicial, cf.: Jorge Lobo, "Comentários ao artigo 50", in Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coords.), Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 124.

Em sentido diverso, defendendo a análise casuística da possibilidade, ou não, de controle judicial do exercício de direitos de sócio em processos de recuperação judicial, cf.: Fabio Ulhôa Coelho, "Limitação ao exercício de direitos societários na companhia em recuperação judicial", in Ivo Waisberg e José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro (orgs.), Temas de Direito da Insolvência – Estudos em Homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho, São Paulo, IASP, 2017, pp. 249-252.

ção judicial de sociedades empresárias faz com que se recorra à natureza da recuperação judicial como forma de redirecionar a interpretação e aplicação do direito societário e do direito recuperacional em procedimentos concursais.

A recuperação judicial é um negócio, ainda que com características particulares, celebrado em sede judicial entre a recuperanda e seus credores. ³⁴ No caso de recuperação judicial de sociedades empresárias uma das partes desse negócio jurídico é a sociedade, em si – as demais partes são seus credores.

Não são partes desse negócio jurídico, portanto, quer os sócios da recuperanda, quer seus administradores ou demais envolvidos em seu funcionamento interno. Esta constatação já seria, de fato, suficiente para se concluir que sobre estes a recuperação judicial somente pode projetar efeitos em caráter excepcional, nos limites expressamente previstos na Lei de Recuperação Judicial, mantendo-se aplicáveis as demais normas que regem suas posições jurídicas, em particular as normas de direito societário.

Além disso, tratando-se de sociedade empresária, a recuperanda, desde o princípio do processo concursal, mantém íntegro seu processo interno de formação da vontade social, ³⁵ por seus diversos órgãos, com competências legais e estatutárias próprias. Nesse

34. Cf.: Sérgio Campinho, Falência e Recuperação de Empresa, cit., 6ª ed., pp. 12-13. Realçando a natureza processual do instituto da concordata, cf.: Trajano de Miranda Valverde, Comentários à Lei de Falências, 2ª ed., vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 1955, pp. 105-115. V., ainda, a respeito do modelo de negociação entre devedores e credores: Eduardo Secchi Munhoz, "Do procedimento de recuperação judicial", in Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo e Francisco Satiro de Souza Jr. (coords.), Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11.101/2005, São Paulo, Ed. RT, 2005, p. 279.

35. A jurisprudência já reconheceu que as deliberações sobre o plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral (cf.: STJ, 3ª Turma, REsp 1.314.209-SP, rela. Min. Nancy Andrighi, j. 22.5.2012, v.u.). sentido, mesmo no curso da recuperação judicial, somente após formada internamente, observados os preceitos societários aplicáveis, a manifestação de vontade da sociedade empresária pode ser externada por seus presentantes.³⁶

Não há dúvidas, a esse respeito, de que a propositura do pedido de recuperação judicial depende da deliberação dos sócios,³⁷

36. A terminologia "presentantes" é de Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas*, 3ª ed., t. I, Rio de Janeiro, Borsói, 1970, pp. 412-415). Sobre a distinção entre formação e manifestação da vontade social, cf.: Tulio Ascarelli, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, Campinas, Bookseller, 2001, pp. 495-497; e Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Obrigações: Sociedade por Ações*, 3ª ed., t. L, São Paulo, Ed. RT, 1984, pp. 251-253.

A jurisprudência é consciente a respeito do procedimento de formação da vontade social, como se observa pelos seguintes excertos: "E, assim que tomadas as decisões ou proferidos os votos, as manifestações passam a ser da sociedade empresária" (TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, ACi 9000910-11.2010.8.26.0037, de Araraguara, rel. Des. Ricardo Negrão, j. 31.10.2016, v.u.); "A assembleia dos sócios é órgão social com função de formar a vontade social. Em outras palavras, as suas deliberações são feitas no sentido de orientar a atividade social, definindo suas diretrizes e rumos. A pessoa jurídica, por ser ente de existência meramente legal, necessita de órgão em que sua vontade é formada. Parte dessa função é desempenhada pelos sócios, detentores de participação no capital social. Justamente por esse motivo - definição dos rumos da sociedade, questão de interesse de todos os sócios envolvidos - é que a lei assegura algumas formalidades para que tais reuniões adquiram validade. Busca-se, com isso, impedir que alguns sócios, a [sic] revelia dos demais, pudessem se reunir sem qualquer formalidade específica, e adotar definições desconsiderando e excluindo demais sócios da formação da vontade social. Logo, as questões que são definidas em assembleia de sócios, que necessitam observar determinadas formalidades especiais para serem consideradas válidas, e, consequentemente, vincular a sociedade, são aquelas que estão diretamente relacionadas à formação da vontade social e, portanto, inerentes ao cumprimento do contrato plurilateral de sociedade" (TJSP, 9ª Câmara de Diem razão do disposto no art. 122, IX, da Lei das Sociedades por Ações (aplicável às sociedades por ações) ou no art. 1.071, VIII, do CC (aplicável às sociedades limitadas),³⁸ observadas eventuais disposições estatutárias e contratuais quanto aos quóruns de aprovação, direitos de voto afirmativo e direito de veto aplicáveis.³⁹

Ou seja: desde o início do procedimento concursal se tem preservado o processo interna corporis de formação da vontade social das sociedades empresárias, do qual participam seus sócios e membros de sua administração, de acordo com as competências legais e estatutárias. 40 O respeito a esse processo interno é, de fato, imperativo, uma

reito Privado, ACi 0100281-14.2007.8.26.0003, de São Paulo, rel. Des. Piva Rodrigues, j. 14.4.2015, v.u., transcrevendo a sentença de primeiro grau); "A própria formação da vontade da pessoa jurídica decorre das decisões da assembleia dos acionistas. (...) na assembleia de acionistas os sócios participam da formação da própria vontade da sociedade na proporção do capital de que cada um deles é titular" (STJ, 2ª Seção, CComp 157.099-RJ, rela. Min. Nancy Andrighi, j. 10.10.2018, m.v., voto da Min. Maria Isabel Gallotti).

37. A regra foi estendida pela jurisprudência, ainda, ao pedido de autofalência (cf.: TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, ACi 1137463-02.2016.8.26.0100, de São Paulo, rel. Des. Cláudio Luiz Bueno de Godoy, j. 18.12.2017, v.u.).

38. Observada, ainda, a exceção para os casos de urgência, prevista no art. 1.072, § 4º, do CC e no art. 122, parágrafo único, da Lei das Sociedades por Acões.

39. Cf., nesse sentido, pedido de recuperação judicial da Rápido Transpaulo Ltda. e da Transpaulo Logística Ltda., em que o processo foi extinto porque o pedido de recuperação judicial não contou com a aprovação prévia necessária dos sócios, conforme previsto em acordo de acionistas (Processo 1025650-49.2017.8.26.0224, 10ª Vara Cível do Foro da comarca de Guarulhos).

40. De acordo com Lamy Filho e Bulhões Pedreira, a obrigação de voto em sentido congruente aos interesses sociais, prescrita no art. 115 da Lei das Sociedades por Ações, é fundamentada pelo princípio implícito de que os sócios participam da formação da vontade social (*A Lei das S/A – Pareceres*, 2ª ed., vol. 2, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, pp. 293-294).

vez que do contrário a sociedade, enquanto organização, ⁴¹ simplesmente não formaria sua vontade social a ser expressada externamente. ⁴²

Deve-se ressaltar, ainda, que a autorização inicial dos sócios ao pedido de recuperação judicial, necessária por lei, não significa a submissão do processo de formação de vontade das sociedades a um regime de exceção, com a retirada dos direitos dos sócios com relação à deliberação de matérias de interesse social. O processo de formação de vontade das sociedades, observados os direitos dos sócios, permanece em pleno funcionamento mesmo durante o procedimento concursal.

Por essa razão, à semelhança do que ocorre com o ato de propositura do pedido de recuperação judicial, que depende da deliberação societária para se efetivar, devem ser observadas as normas societárias aplicáveis aos demais atos que envolvam a recuperanda durante o processo de recuperação judicial. Essa conclusão tem particular relevância quanto aos meios de recuperação descritos no plano caso envolvam atos de representação da recuperanda sujeitos a alçadas internas, por disposição legal, estatutária, ou parassocietária, que permanecem sujeitos aos preceitos societários aplicáveis.

Os preceitos aplicáveis à formação orgânica da vontade social e à representação da vontade social, em particular quanto

- 41. Faz-se referência à análise estrutural das sociedades, que destaca nelas a criação de uma organização e de um centro autônomo de decisões (cf.: Calixto Salomão Filho, *Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial*, São Paulo, Marcial Pons, 2016, p. 175).
- 42. A jurisprudência já reconheceu que, mesmo em processos de recuperação judicial, sem a manifestação dos órgãos societários competentes "não se constitui (não existe) o vínculo negocial" (STJ, 2ª Seção, CComp 157.099-RJ, rela. Min. Nancy Andrighi, j. 10.10.2018, m.v., voto da Min. Nancy Andrighi).

a quóruns qualificados, direitos de voto afirmativo e direitos de veto dos sócios da recuperanda, nesse sentido, devem continuar a ser observados no âmbito da recuperanda. Sem o respeito a tais preceitos a sociedade empresária ficará impossibilitada de manifestar, por meio de seus presentantes, sua vontade perante terceiros pelo fato de, nessa hipótese, não haver tal vontade a ser manifestada: não se cogita logicamente de vontade a ser realizada (ou executada) sem que antes seja deliberada (ou expressada).⁴³

Nesse sentido, havendo obrigatoriedade de aprovação interna prévia ou determinados direitos de voto afirmativo ou vetos a serem respeitados com relação a determinada operação – por exemplo, a constituição de uma UPI, alienação de ativos (inclusive marcas), a cisão da recuperanda, entre outras –, tal operação não poderá ser efetivada antes de obtida a aprovação *interna corporis* em questão, observando-se, para tanto, todos os preceitos societários aplicáveis.

Cumpre ressaltar que, ao se criticar a tendência judicial observada quanto ao tratamento da inter-relação entre direito societário e direito recuperacional não se pretende mitigar a relevância do princípio da preservação da empresa, usado nas decisões judiciais analisadas para afastar as normas societárias incidentes às recuperandas. Trata-se, na verdade, de esforço para conciliação entre esse princípio e as demais normas específicas de procedimentos concursais, de um lado, e as normas societárias aplicáveis ao funcionamento da empresa e das sociedades empresárias, de outro. É a conciliação pretendida que se passa a expor, a seguir.

43. A distinção entre órgãos de deliberação ("que expressa[m] a vontade social"), de execução ("que realiza[m] a vontade social") e de controle ("que fiscaliza[m] a fiel execução da vontade social") é de Leães (*Direito Comercial: Textos e Pretextos*, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976, p. 63).

4. A necessária conciliação entre direito societário e direito recuperacional

A tendência judicial caminha no sentido de atribuir mais relevância ao direito recuperacional, em detrimento e afastando o direito societário, em processos de recuperação judicial. Considerando que ambos os microssistemas envolvem a ponderação de diversos interesses envolvidos no funcionamento da empresa,⁴⁴ o afastamento sumário de um desses ramos pelo outro pode levar a indesejáveis desbalanceamentos de tais interesses: o aumento da relevância dos credores e praticamente a anulação da participação dos sócios, em particular dos minoritários.

Por meio da aplicação conjunta dos dois microssistemas, de forma harmônica, por outro lado, pode-se buscar promover novamente o equilíbrio dos interesses envolvidos. Nem os sócios podem dar os rumos que decidirem, sozinhos, à empresa - sob pena de não aprovação do plano de recuperação judicial e convolação em falência -, nem os credores podem impor, sozinhos, medidas à recuperanda – dada a participação dos sócios no processo decisório -, nem os credores, a administração e os controladores podem conduzir a recuperação judicial e as atividades sociais em regime de exceção. sem observar os direitos dos demais acionistas – por meio da aplicação das normas de direito societário.

A ponderação é, muitas vezes, particularmente relevante para proteção de sócios minoritários, que não estão à frente da gestão da sociedade. Do contrário pode-se provocar a alocação de ainda maior poder com o controlador, em detrimento dos direitos dos sócios minoritários, sob o suposto argumento

44. Cf., a esse respeito: Sheila Christina Neder Cerezetti, A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações — O Princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência, cit., pp. 237-238. de proteção do princípio da preservação da empresa.⁴⁵

Foi o ocorrido, por exemplo, na recuperação judicial da Daslu e da Renuka do Brasil. Em ambos os casos os sócios minoritários tiveram seu direito de voto afirmativo em determinadas matérias e, portanto, o mecanismo de sua participação efetiva na formação da vontade social afastados no âmbito do procedimento concursal.

Deve-se ressaltar, a esse respeito, que a tendência judicial de se reconhecer a ilegitimidade de acionistas para questionar a aprovação do plano de recuperação judicial contribuiu, ainda, para afastar as possibilidades de obtenção da satisfação específica da pretensão dos acionistas minoritários. No momento da decisão judicial em sede própria os atos questionados possivelmente já terão sido concretizados e a pretensão, de igual forma, possivelmente será deduzida em perdas e danos.⁴⁶

Pelo que se expôs, a proposta para harmonização do direito societário e do direito recuperacional é de simples formulação: da mesma forma que o pedido de recuperação judicial deve ser aprovado nas instâncias societárias competentes, quaisquer outros atos da recuperanda durante o processo concursal devem também ser submetidos ao processo orgânico de formação da vontade social — observadas normas legais, estatutárias e parassociais, inclusive quóruns de deliberação, direitos de voto afirmativo, direitos de veto e equivalentes — e não podem ser concretizados antes de obtidas as aprovações internas aplicáveis.

45. Bulgarelli prenunciou o possível uso infundado do princípio da função social da empresa para a supressão de direitos das minorias (*Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 155).

46. Sobre o caráter "insuficiente ou até mesmo de todo inoperante" de indenizações em dinheiro, cf.: José Alexandre Tavares Guerreiro, "Execução específica do acordo de acionistas", *RDM* 41/40-68, especialmente p. 52, São Paulo, Ed. RT, 1981.

Não obstante o processo de recuperação judicial, quaisquer atos envolvendo a recuperanda deverão ser submetidos ao mesmo processo decisório interno que seria aplicável caso a sociedade não estivesse em recuperação judicial – sem prejuízo dos controles próprios estabelecidos pela Lei de Recuperações e Falências. Do contrário a recuperanda não contará com vontade social a ser manifestada nem poderá, portanto, ser devidamente presentada.

Nesse sentido, uma medida constante do plano de recuperação judicial aprovado em assembleia-geral de credores, caso se sujeite à aprovação prévia dos sócios – por exemplo, a alienação de um ativo, como uma marca, a realização de uma operação de reorganização societária, entre outras –, deverá ser submetida à referida deliberação. Se não obtiver a aprovação societária devida, prévia ou posteriormente à aprovação do plano, a medida não poderá ser validamente concretizada, nem produzir quaisquer efeitos.

Ressalta-se, a esse respeito, que eventual medida prevista no plano de recuperação judicial, caso não tenha sido aprovada previamente à deliberação do plano, poderá vir a não ser aprovada na instância societária competente. A eventual reaprovação da medida, de fato, frustraria o que fora originalmente aprovado pelos credores, o que, contudo, não é suficiente para justificar seu afastamento da obrigatoriedade de submissão às deliberações societárias aplicáveis. Nesse caso pode-se adotar o expediente de convocar uma nova assembleia-geral de credores para deliberar sobre alterações ao plano, em razão da impossibilidade de concretização de uma das medidas nele previstas, em lugar da decretação da falência, de imediato.⁴⁷

47. A jurisprudência já se manifestou no sentido de ser possível a submissão de alterações no plano de recuperação judicial aprovado originalmente à deliberação da assembleia-geral de credores (cf., por exemplo, decisão no âmbito da recuperação judicial da Parmalat: STJ, 4ª Turma, REsp 1.302.735-SP, rel.

É possível, dessa forma, harmonizar a aplicação das normas de direito societário e direito recuperacional em procedimentos de recuperação judicial. Ainda que as matérias societárias não sejam objeto de discussão no juízo recuperacional, 48 do ponto de vista processual, ao se reconhecer a necessária observância do direito societário no curso de processos concursais tem-se que não poderão ser realizados atos que violem ou afastem suas disposições mesmo no âmbito da recuperação judicial.

Embora seja de simples formulação, não se olvida que a aplicação da proposta de conciliação ora apresentada pode gerar complexidades no processo de recuperação judicial. De fato, haverá centros decisórios distintos, a assembleia-geral de credores e as instâncias societárias da recuperanda,

Min. Luís Felipe Salomão, j. 17.3.2016, v.u.). No mesmo sentido, cf.: Ricardo Tepedino, "O direito societário e a recuperação judicial", cit., in Alberto Venâncio Filho, Carlos Augusto da Silveira Lobo e Luiz Alberto Colonna Rosman (orgs.), *Lei das S/A em seus 40 Anos*, p. 590.

48. As controvérsias societárias podem, inclusive, ser submetidas a arbitragem em caso de cláusula compromissória nesse sentido. A respeito da interação entre arbitragem e recuperação judicial, cf.: Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, "Arbitragem e insolvência", *Revista de Arbitragem e Mediação* 20/25 e ss., 2009.

Em precedente envolvendo a recuperação judicial da Oi S/A, o STJ decidiu, por maioria, pela competência do juízo arbitral para decisão sobre conflitos societários em sede de conflito de competência (STJ, 2ª Seção, CComp 157.099-RJ, rela. Min. Nancy Andrighi, j. 10.10.2018, m.v. Também com relação à recuperação judicial da Oi S/A foi suscitado conflito de competência anterior sobre o qual houve desistência em razão da composição das partes (cf.: STJ, 2ª Seção, CComp 148.728-RJ, rel. Min. Marco Buzzi, decisão monocrática de 6.9.2016). No sentido de concentração da competência sobre as matérias que envolvam o patrimônio da recuperanda no juízo recuperacional, sob o fundamento de não comprometer a tentativa de manutenção do funcionamento da empresa, cf.: STJ, 2ª Seção, ED nos ED no AgR no AgR no CComp 130.674-SP, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 11.11.2015.

que muitas vezes decidirão sobre matérias sobrepostas. Em caso de decisões em sentido contrário sobre uma mesma medida será necessário dar o tratamento adequado a cada situação: (i) uma medida aprovada pelos sócios e constante do plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia-geral de credores será concretizada e constituirá um meio de recuperação judicial; (ii) uma medida constante de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores mas não aprovada pelos sócios não poderá ser efetivada - devendo a recuperação judicial se amoldar a essa reprovação, seia mediante alteração do plano original, seja mediante convolação em falência; e (iii) uma medida aprovada pelos sócios e constante de plano de recuperação judicial reprovado pelos credores poderá ser realizada, mas não consistirá em meio apto de recuperação judicial.

Essas complexidades adicionais, contudo, não são diferentes de outras dificuldades já existentes em processos concursais, que decorrem da aplicação de regulação específica de determinados setores, da observância de normas de proteção do direito da concorrência ou de outros microssistemas, dentre outras. Em verdade, tais complexidades são resultado da multiplicidade e da diversidade de interesses envolvidos nos processos concursais, todos eles dignos de tutela e ponderação nos referidos processos.

5. Conclusão

Não há microssistemas autônomos que disputam a prevalência entre si ou afastam a aplicação um do outro.⁴⁹ Não há, nesse

49. Esclarecedora, a esse respeito, a lição de Mendes: "Não há, portanto, um direito das fallencias autonomo, um direito industrial autonomo, um direito das obrigações e contractos autonomo. Tanto o direito das fallencias, como o direito industrial, como o direito das obrigações e contractos, são ramos ou partes integrantes do direito privado. Só este é autonomo" (*Direito Commercial Terrestre*, São Paulo, Saraiva, 1930, p. 81)

sentido, contraposição entre direito societário e de direito recuperacional, ou prevalência de um deles, em procedimentos concursais.

Há, pelo contrário, regras que devem ser conciliadas quando aplicáveis simultaneamente a uma mesma situação de fato. É, de fato, o que se pretende com a proposta de aplicação harmônica das normas de direito societário e de direito recuperacional em procedimentos de recuperação judicial, na tentativa de reorientar a tendência judicial de afastamento das normas do direito societário nos procedimentos concursais.

Admitir o contrário seria, em verdade, uma "violência", em alusão às palavras de Waldemar Ferreira, que, indagado sobre a possibilidade de credores simplesmente retirarem as mercadorias dos armazéns do falido, respondeu: "Não era licito ao credor, sob qualquer pretexto, retiral-as. Fez uma violencia".⁵⁰

A ilustração esclarece que os procedimentos concursais não constituem estado de tal forma excepcional a permitir todas e quaisquer medidas invasivas por parte dos credores. O que valia antes para a expropriação das mercadorias dos armazéns do comerciante falido, nas palavras de Waldemar Ferreira, vale hoje para o afastamento das normas de direito societário em processos de recuperação judicial: em ambos os casos se está diante de "violência", inadmissível na busca pela interpretação adequada do Direito.

Referências bibliográficas

- ABRÃO, Carlos Henrique, e TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (coords.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo, Saraiva, 2005.
- ARAGÃO, Leandro Santos de, e CASTRO, Rodrigo Monteiro de (coords.). Direito Societá-
- 50. Waldemar Martins Ferreira, *Estudos de Direito Comercial*, São Paulo, Olegário Ribeiro & Cia., 1919, p. 244.

- rio e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. 2006.
- ASCARELLI, Tulio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas, Bookseller, 2001.
- BAIRD, Douglas G., e RASMUSSEN, Robert K. "Antibankruptcy". *The Yale Law Journal* 2010. Pp. 648-699.
- BULGARELLI, Waldírio. *Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A*. Rio de Janeiro, Renovar. 1998.
- BULHÕES PEDREIRA, José Luiz, e LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S/A Pareceres*. 2ª ed., vol. 2. Rio de Janeiro, Renovar, 1996.
- CAMPINHO, Sérgio. Falência e Recuperação de Empresa. 6ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2012.
- CANARIS, Claus Wilhelm. Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts. Trad. portuguesa de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 2ª ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 7ª ed., vol. 8. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1962.
- CASTRO, Rodrigo Monteiro de, e ARAGÃO, Leandro Santos de. (coords.). Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. 2006.
- CEREZETTI, Sheila Christina Neder. A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações — O Princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência. São Paulo, Malheiros Editores. 2012.
- COELHO, Fabio Ulhôa. "Limitação ao exercício de direitos societários na companhia em recuperação judicial. In: RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende, e WAISBERG, Ivo (orgs.). Temas de Direito da Insolvência Estudos em Homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo, IASP, 2017.
- COMPARATO, Fábio Konder. Aspectos Jurídicos da Macroempresa. São Paulo, Ed. RT, 1970.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *Estudos de Direito Comercial*. São Paulo, Olegário Ribeiro & Cia., 1919.

- FORGIONI, Paula Andrea. A Evolução do Direito Comercial Brasileiro — Da Mercancia ao Mercado. 3ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2016.
- FRANCO, Vera Helena de Mello, e SZTAJN, Rachel. Falência e Recuperação da Empresa em Crise – Comparação com as Posições do Direito Europeu. São Paulo, Elsevier, 2008.
- GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*. 5ª ed. Bolonha, Il Mulino, 2010.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. "Execução específica do acordo de acionistas". *RDM* 41/40-68. São Paulo, Ed. RT, 1981.
- HU, Henry T. C. "Financial innovation and governance mechanisms: the evolution of decoupling and transparency". *The Business Lawyer* 70/347-405. 2015.
- IRTI, Natalino. L'Età della Decodificazione. 4ª ed. Milão, Giuffrè, 1999.
- LAMY FILHO, Alfredo, e BULHÕES PEDREI-RA, José Luiz. *A Lei das S/A – Pareceres*. 2ª ed., vol. 2. Rio de Janeiro, Renovar, 1996.
- LATTES, Alessandro. *Il Diritto Commerciale nella Legislazione Statutaria delle Città Italiane*. Milão, Ulrico Hoepli, 1884.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Direito Comercial: Textos e Pretextos*. São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976.
- LOBO, Carlos Augusto da Silveira, ROSMAN, Luiz Alberto Colonna, e VENÂNCIO FI-LHO, Alberto (orgs.). Lei das S/A em seus 40 Anos. Rio de Janeiro. Forense. 2017.
- LOBO, Jorge. "Comentários ao artigo 50". In: ABRÃO, Carlos Henrique, e TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (coords.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo, Saraiva, 2005.
- MACHADO, Nelson Marcondes. "Assembleia-geral de credores e seus conflitos com a assembleia-geral de acionistas". In: ARAGÃO, Leandro Santos de, e CASTRO, Rodrigo Monteiro de (coords.). Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. 2006.
- MENDES, Octávio. *Direito Commercial Terrestre*. São Paulo. Saraiva, 1930.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. "Do procedimento de recuperação judicial". In: PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes, e SOUZA JR., Francisco Satiro de (coords.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11.101/2005. São Paulo, Ed. RT, 2005.

- PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes, e SOUZA JR., Francisco Satiro de (coords.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11.101/2005. São Paulo, Ed. RT, 2005.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Obrigações: Sociedade por Ações. 3ª ed., t. L. São Paulo, Ed. RT, 1984.
- _____. Tratado de Direito Privado Parte Geral – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. 3ª ed., t. I. Rio de Janeiro, Borsói, 1970.
- PROENÇA, José Marcelo Martins. "Os novos horizontes do direito concursal Uma crítica ao continuísmo prescrito pela Lei 11.101/2005". *RDM* 151-152/47-64. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.
- RASMUSSEN, Robert K., e BAIRD, Douglas G. "Antibankruptcy". *The Yale Law Journal* 2010. Pp. 648-699.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar Falência*. vol. 1. São Paulo, Saraiva, 1975.
- RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende, e WAISBERG, Ivo (orgs.). Temas de Direito da Insolvência – Estudos em Homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo, IASP, 2017.
- ROSMAN, Luiz Alberto Colonna, LOBO, Carlos Augusto da Silveira, e VENÂNCIO FILHO, Alberto (orgs.). *Lei das S/A em seus 40 Anos*. Rio de Janeiro, Forense, 2017.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial. São Paulo, Marcial Pons, 2016.
- SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luís Felipe, e TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência – Teoria e Prática na Lei* 11.101/2005. 2ª ed. São Paulo, Elsevier, 2017.
- SOUSA, Marcos Andrey de. "O plano de recuperação judicial e os direitos dos sócios". In: RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende, e WAISBERG, Ivo (orgs.). Temas de Direito da Insolvência – Estudos em Homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo, IASP, 2017.
- SOUZA JR., Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (coords.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11.101/2005. São Paulo, Ed. RT, 2005.
- SPINELLI, Luís Felipe, SCALZILLI, João Pedro, e TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de

- Empresas e Falência Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 2ª ed. São Paulo, Elsevier, 2017.
- SZTAJN, Rachel, e FRANCO, Vera Helena de Mello. Falência e Recuperação da Empresa em Crise – Comparação com as Posições do Direito Europeu. São Paulo, Elsevier, 2008.
- TELLECHEA, Rodrigo, SCALZILLI, João Pedro, e SPINELLI, Luís Felipe. *Recuperação de Empresas e Falência Teoria e Prática na Lei 11.101/2005*. 2ª ed. São Paulo, Elsevier, 2017.
- TEPEDINO, Ricardo. "O direito societário e a recuperação judicial". In: LOBO, Carlos Augusto da Silveira, ROSMAN, Luiz Alberto Colonna, e VENÂNCIO FILHO, Alberto (orgs.). *Lei das S/A em seus 40 Anos*. Rio de Janeiro, Forense, 2017.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. "Arbitragem e insolvência". Revista de Arbitragem e Mediação 20/25-52. 2009.
- . "Recuperação judicial Alienação de Unidade Produtiva Isolada". *RDM* 164/165/199-211. São Paulo, Malheiros Editores, 2013.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de, e ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *Comen*-

- tários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo, Saraiva, 2005.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários* à *Lei de Falências*. 2ª ed., vol. III. Rio de Janeiro, Forense, 1955.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto, LOBO, Carlos Augusto da Silveira, e ROSMAN, Luiz Alberto Colonna (orgs.). *Lei das S/A em seus 40 Anos*. Rio de Janeiro, Forense, 2017.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. "Direito de retirada: tratamento legal na falência e na recuperação. Hipóteses de suspensão, possibilidade, ou não, de eliminação do direito de retirada". In: ARAGÃO, Leandro Santos de, e CASTRO, Rodrigo Monteiro de (coords.). Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. 2006.
- . "O *status* jurídico do controlador e dos administradores na recuperação judicial". *RDM* 143/21-38. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.
- WAISBERG, Ivo, e RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (orgs.). Temas de Direito da Insolvência Estudos em Homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo, IASP, 2017.

* * *