



Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Vol. nº 172-173, ago. 2016/jul. 2017

RDM 172/173

Doutrina e Atualidades:

- 1 – "Intuitu Commercium: Reflexões Sobre a Influência a Dinâmica Empresarial nos Contratos Personalíssimos" (autor: Rodrigo Rocha Feres Ragil)
- 2 – "A Falácia das Patentes na Visão Crítica de Boldrin e Levine" (autores: Leonardo Toledo da Silva e Rafael Dias Côrtes)
- 3 – "Beyond Legal Formalism in Brazil: The Law and Poverty Group Experience" (autores: Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa, Lilian Manoela Monteiro Cintra de Mello e Raquel de Mattos Pimenta)
- 4 – "O Direito Registral Empresarial" (autor: José Engrácia Antunes)
- 5 – "El Desafío de la Normativa Concursal Italiana para Lograr la Eficacia de los Procedimientos" (autora: Stefania Pacchi)
- 6 – "Contratos Preliminares e Contratos Definitivos" (autor: Luciano Zordan Piva)
- 7 – "Os Poderes da Assembleia Geral dos Credores e o Abuso do Direito de Voto" (autor: Newton de Lucca)
- 8 – "Criação e Reforma do Novo Mercado da Bolsa de Valores: Os Limites da "Solução Alternativa"" (autora: Anna Binotto Massaro)
- 9 – "Liberdade e Intervenção em Contratos Empresariais: Reflexões à Luz de Precedente do Superior Tribunal de Justiça" (autora: Victória Baruselli Cabral de Melo)
- 10 – "Validade ou Não da Cláusula Resolutiva Expressa em Contratos Públicos pela Recuperação Judicial" (autor: Luiz Fernando Rocha Silva)
- 11 – "Investment fund voting in Brazilian public companies" (autor: Alexandre Edde Diniz de Oliveira)

ISBN 978-65-89904-76-2



9 786589 904762 >



rdm

revista de direito mercantil



EXPERT
EDITORA DIGITAL

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro

**REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro**

172/173

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano LVI (Nova Série)
agosto 2016/julho 2017

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
Industrial, econômico e financeiro
Nova Série – Ano LVI – ns. 172/173 – ago. 2016/jul. 2017
FUNDADORES

1 a FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROFS. PHILOMENO J. DA COSTA e FÁBIO KONDER COMPARATO

CONSELHO EDITORIAL

ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, ANA DE OLIVEIRA FRAZÃO, CARLOS KLEIN ZANINI,
GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU,
JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA ANTUNES, JUDITH MARTINS-
COSTA, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS,
PAULO DE TARSO DOMINGUES, RICARDO OLIVEIRA GARCÍA,
RUI PEREIRA DIAS, SÉRGIO CAMPINHO.

COMITÊ DE REDAÇÃO

CALIXTO SALOMÃO FILHO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS
LEÃES, MAURO RODRIGUES PENTEADO,
NEWTON DE LUCCA, PAULA ANDRÉA FORGIONI, RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTÍN,
EDUARDO SECCHI MUNHOZ, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA,
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS
DUCLERC VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO,
MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, NEWTON SILVEIRA,
PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, PAULO FRONTINI,
PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÉA DA FONSECA, JULIANA KRUEGER PELA,
JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA, BALMES VEGA
GARCIA, RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES,
CARLOS PAGANO BOTANA PORTUGAL GOUVÊA, ROBERTO
AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER,
SHEILA CHRISTINA NEDER CERZETTI, VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO,
MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, MARCELO VIEIRA VON ADAMEK.

COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO

JOÃO PAULO BRAUNE GUERRA.

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE

ALESSANDRO DA MATA VASCONCELOS, CAMILA

BOVOLATO RODRIGUES, CAROLINA CAPANI,

GIULIA FERRIGNO POLI IDE ALVES, GUSTAVO CANHISARES MAZUCA,

ISABELLA PETROF, JOÃO PEDRO SIMINI RAMOS PEREIRA,

JULIA BORGES ENDLER, KAREN MAYUMI CARVALHO

TAHYRA, KAWAN HERCULINO TOSTES,

LARA BEGNAME DE CASTRO, LUCA AKIRA MOUTINHO

FUJISAKA, MARIA CLARA CARVALHO DE SENA,

MATEUS BERNARDES DOS SANTOS, MATHEUS CHEBLI,

PEDRO HENRIQUE MANFRINI, RODOLFO PAVANELLI MENEZES,

RODRIGO FIALHO BORGES, SERGIO COELHO DE AZEVEDO

JUNIOR, SOFIA DALLA DÉA BARONE,

VICTÓRIA DIAZ DA SILVA, VIRGÍLIO MAFFINI GOMES.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

Publicação trimestral da

Editora Expert LTDA

Rua Carlos Pinto Coelho,

CEP 30664790

Minas Gerais, BH – Brasil

Diretores: Luciana de Castro Bastos

Daniel Carvalho

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos
Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho
Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

AUTORES: Alexandre Edde Diniz de Oliveira, Anna Binotto Massaro, Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa, José Engrácia Antunes, Leonardo Toledo da Silva, Lillian Manoela Monteiro Cintra de Mello, Luciano Zordan Piva, Luiz Fernando Rocha Silva, Newton de Lucca, Raquel de Mattos Pimenta, Rafael Dias Côrtes, Rodrigo Rocha Feres Ragil, Stefania Pacchi, Victória Baruselli Cabral de Melo

ISBN: 978-65-89904-76-2

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte,

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



COLABORADORES

ALEXANDRE EDDE DINIZ DE OLIVEIRA

Candidato a Graduação em Direito (*Doctor of Law*), Harvard Law School. Bacharel em Direito, Universidade de São Paulo.

ANNA BINOTTO MASSARO

Doutoranda em Direito Comercial na Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela USP. Foi intercambista do *Yale Latin American Linkages Program*, assistente de pesquisa do Núcleo de Direito, Economia e Governança da FGV Direito/SP, integrando, na mesma instituição, a equipe de pesquisa do Grupo de Estudos da Relação entre Estado e Empresa Privada (GRP).

CARLOS PAGANO BOTANA PORTUGAL GOUVÊA

Professor Doutor de Direito Comercial da Universidade de São Paulo (USP) e sócio fundador do *PGLaw*. Doutor em Direito pela Universidade de Harvard (S.J.D.). Doutor e bacharel pela USP. Foi professor visitante na *Yale Law School* e na *Wharton Business School* da *University of Pennsylvania*. É credenciado pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela *New York State Bar Association*. Membro Vice-Presidente da Comissão de Mercado de Capitais e Governança Corporativa da OAB-SP e membro do conselho da Comissão *Fulbright* do Brasil. Foi membro do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

Professor de Direito Comercial, Mestre em Direito (Universidade Católica Portuguesa, 1989) e Doutor em Direito (*European University Institute*). Estagiário da Comissão das Comunidades Europeias (Bruxelas, 1987), investigador e assistente do EUI (Florença, 1988), bolseiro do INIC (Lisboa, 1986-1989). Professor convidado e/ou visitante em diversas universidades estrangeiras (Bona, Tóquio, Londres, Connecticut, Fontainebleau, Madrid, São Paulo, Caracas, Aarhus, Frankfurt, Luxemburgo, Viena, Brasília). Membro da Sociedade Científica da Universidade Católica. Membro do *European Company*

Law Group. Colaborador do Banco de Portugal (1997) e da Comissão Europeia (2011). Autor de monografias, artigos e estudos de reforma legislativa no domínio da Filosofia de Direito, Direito Comercial, Direito das Sociedades, Direito Bancário, Direito do Mercado de Capitais, Direito dos Contratos Comerciais, Direito da Concorrência, e Direito Cambiário, publicados em editoras portuguesas, brasileiras, espanholas, francesas, alemãs, italianas, argentinas, holandesas e norte-americanas.

LEONARDO TOLEDO DA SILVA

Possui graduação em direito pela Universidade de São Paulo (2001), mestrado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2006), e Doutorado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2015). É professor, advogado e árbitro, autor de obras em matérias relacionadas a Direito da Construção e Direito Societário. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito da Construção - IBDIC.

LILIAN MANOELA MONTEIRO CINTRA DE MELLO

Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Bacharel em direito pela mesma instituição, com período de mobilidade internacional no *Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences-Po)*. Foi Pesquisadora Visitante do *Institute for Global Law and Policy* da Faculdade de Direito de Harvard, coordenadora do Grupo Direito e Pobreza da Faculdade de Direito da USP, professora contratada das disciplinas de Direito Internacional Econômico e Aspectos Jurídicos das Relações Internacionais do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU e assistente da disciplina Comércio Internacional e Concorrência da Universidade de Brasília – UNB. Assessora de Ministro do STF.

LUCIANO ZORDAN PIVA

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Pesquisador do NEF – Direito Empresarial, Recuperação de Empresas e Falências. Fez intercâmbio acadêmico na *Lund University*, na Suécia, onde estudou disciplinas de Direito e Economia. Foi *Visiting Scholar* na *University of Illinois College of Law at Urbana-Champaign*, onde desenvolveu pesquisa com o

Professor Aviram Amitai na área de Direito Societário e Fusões e Aquisições. Foi aluno da disciplina de *Bankruptcy* ministrada pelo Professor Charles J. Tabb.

LUIZ FERNANDO ROCHA SILVA

Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos com Pós-graduação em andamento em Direito e Gestão Jurídica pelo Ibmec.

NEWTON DE LUCCA

Mestre, Doutor, Livre-Docente, Adjunto e Professor Titular pela Faculdade de Direito da USP, onde leciona nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação. Professor do Corpo Permanente da Pós-Graduação *Stricto Sensu* da UNINOVE. Desembargador Federal Presidente do TRF da 3ª Região. Membro da Academia Paulista de Magistrados, da Academia Paulista de Direito. Presidente da Comissão de Proteção ao Consumidor no âmbito do comércio eletrônico do Ministério da Justiça. Vice-Presidente do *Instituto Latino-Americano de Derecho Privado*.

RAQUEL DE MATTOS PIMENTA

Professora e pesquisadora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito/SP. Integrante do Núcleo Teorias e Fronteiras do Direito e Desenvolvimento na mesma instituição. Doutora e Mestre em Direito Econômico e Economia Política na Faculdade de Direito da USP. Foi bolsista *Fulbright* e Pesquisadora Visitante na *Yale Law School* e Pesquisadora Visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Georgetown. Foi pesquisadora de Pós-Doutorado *Global Fellow* na FGV Direito/SP). Teve bolsa de pesquisa de Mestrado e Iniciação Científica concedida pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP. Graduada pela FD-USP. Intercâmbio de Graduação no *Institut d'Études Politiques em Paris (Sciences Po)*.

RAFAEL DIAS CÔRTEZ

Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP. MBA em Gestão Corporativa pela Estação Business School. Especialista em Direito Processual Civil, com ênfase na Administração Pública, pelo Instituto

de Direito Romeu Felipe Bacellar Filho. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Membro da Comissão de Gestão Pública da Ordem dos Advogados do Brasil - PR. Sócio de Hauer, Côrtes - Advogados.

RODRIGO ROCHA FERES RAGIL

Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-Graduado em Direito Internacional pelo Centro de Direito Internacional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com intercâmbio acadêmico na *Université de Versailles* (França). Gerente Jurídico da *Avenue Code* (avenecode.com).

STEFANIA PACCHI

Professora Catedrática de Direito Comercial do Departamento de Direito da Universidade de Siena. Diretora do Departamento de Direito da Universidade de Siena. Diretora do Curso de Formação Avançada em Direito da Falência da Universidade de Siena. Presidente do Instituto *Ibero-Americano de Derecho Concursal*. Membro do Conselho Diretivo da Escola de Especialização para as Profissões Jurídicas da Universidade de Siena. Membro do Conselho Acadêmico do Doutorado em Instituições e Direito Econômico da Universidade de Siena. Membro fundadora e membro do comitê científico do Instituto *Ibero-Americano de Derecho Concursal*. Membro Correspondente Estrangeiro do Instituto Empresarial da Academia de Direito e Ciências Sociais de Córdoba/Argentina. Fundadora e Presidente da *Association for Insolvency Studies of Tuscany* (ASCo. T.). Faz parte da redação das revistas: *Direito Comercial*, *Revista do Direito Comercial* e *Falência e Direito Comercial Societário*. Em 2008 foi selecionada pelo INDECOPI (Instituto Nacional de Processos de Falências e Propriedade Industrial do Peru) e pelo Banco Mundial para ministrar um curso de palestras em Lima sobre os aspectos críticos do direito falimentar peruano. Em 2010 foi chamada como docente no curso de especialização em direito da insolvência da Universidade Católica Javeriana de Cali (Colômbia). Docente do Mestrado em “La Insolvencia empresarial”, da Universidade *San Pablo* CEU de Madri. Inscrita no Registro Especial de Advogados do Tribunal de Florença. Palestrante em conferências na Itália e no exterior.

VICTÓRIA BARUSELLI CABRAL DE MELO

Mestranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Comercial (*Master 2 Droit des Affaires*) pela *Université Paris 1 Panthéon Sorbonne*. Bacharela em Direito pela USP. Formada em Direito (*Licence en Droit*) pela *Université de Lyon*, no âmbito do programa *Partenariats Internationaux Triangulaires d'Enseignement Supérieur* – PITES. Realizou curso de verão na *Shanghai Jiao Tong University*. Realizou intercâmbio acadêmico na *Université Paris 2 Panthéon Assas*. Foi bolsista de iniciação científica do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC.

SUMÁRIO

INTUITU COMMERCIIUM REFLEXÕES SOBRE A INFLUÊNCIA DA DINÂMICA EMPRESARIAL NOS CONTRATOS PERSONALÍSSIMOS.....	17
<i>Rodrigo Rocha Feres Ragil</i>	
A FALÁCIA DAS PATENTES NA VISÃO CRÍTICA DE BOLDRIN E LEVINE..	47
<i>Leonardo Toledo da Silva; Rafael Dias Côrtes</i>	
BEYOND LEGAL FORMALISM IN BRAZIL: THE LAW & POVERTY GROUP EXPERIENCE.....	77
<i>Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa; Lilian Manoela Monteiro Cintra de Mello; Raquel de Mattos Pimenta</i>	
O DIREITO REGISTRAL EMPRESARIAL	101
<i>José Engrácia Antunes</i>	
EL DESAFÍO DE LA NORMATIVA CONCURSAL ITALIANA PARA LOGRAR LA EFICACIA DE LOS PROCEDIMIENTOS	165
<i>Stefania Pacchi</i>	
CONTRATOS PRELIMINARES E CONTRATOS DEFINITIVOS.....	187
<i>Luciano Zordan Piva</i>	
OS PODERES DA ASSEMBLEIA GERAL DOS CREDORES E O ABUSO DO DIREITO DE VOTO	233
<i>Newton De Lucca</i>	
CRIAÇÃO E REFORMA DO NOVO MERCADO DA BOLSA DE VALORES: OS LIMITES DA “SOLUÇÃO ALTERNATIVA”	257
<i>Anna Binotto Massaro</i>	

LIBERDADE E INTERVENÇÃO EM CONTRATOS EMPRESARIAIS: REFLEXÕES
À LUZ DE PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA293

Victória Baruselli Cabral de Melo

VALIDADE OU NÃO DA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA EM CONTRATOS
PÚBLICOS PELA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....311

Luiz Fernando Rocha Silva

INVESTMENT FUND VOTING IN BRAZILIAN PUBLIC COMPANIES: AN
EMPIRICAL ANALYSIS341

Alexandre Edde Diniz de Oliveira

OS PODERES DA ASSEMBLEIA GERAL DOS CREDORES E O ABUSO DO DIREITO DE VOTO

Newton De Lucca

SUMÁRIO

I – Agradecimentos iniciais e nota liminar de caráter pessoal; II – Considerações introdutórias: a assembleia geral de credores no âmbito da legislação comparada; III – Os poderes da assembleia geral dos credores e o controle judicial de suas deliberações; IV – O abuso do direito de voto

I – AGRADECIMENTOS INICIAIS E NOTA LIMINAR DE CARÁTER PESSOAL

Sejam minhas palavras iniciais de agradecimento pessoal ao Dr. Daniel Carnio Costa, eminente juiz de Direito, além de dedicado professor e ilustre jurista, de quem tive o privilégio de prefaciá-lo um dos seus excelentes livros de Direito; ao Dr. Bruno Castro, presidente do Instituto Brasileiro de Administração Judicial - IBAJUD, a quem cumprimento de modo muito especial pelo vigor e dinamismo, deveras invulgares, que vem imprimindo à entidade.

Permito-me sublinhar liminarmente, a propósito, que entendo ser muito feliz e altamente louvável essa parceria existente entre o IBAJUD e a Sorbonne, de um lado, e esta Casa, de outro, pois a França e os Estados Unidos sempre foram — e continuam sendo — dois países paradigmáticos em matéria falimentar e recuperacional. Nada mais pertinente, portanto, que se busque, na pesquisa jurídica a ser feita no Brasil, esses dois fundamentais exemplos de direito comparado.

Era escusado dizer que estendo este agradecimento aos nossos anfitriões desta Faculdade, que tão amavelmente nos acolhem, proporcionando a todos nós um ambiente extremamente agradável e muito fraternal...

Também gostaria de fazer uma saudação especial aos professores da Sorbonne, que tanto me honram com suas presenças aqui, William Gilles, Irene Bauhadana e François Xavier Lucas.

E, *last but not least*, como se diz por aqui, seja-me permitido estender minha saudação a todos os presentes, entre os quais estão muitos amigos; desembargadores Neves Amorim, Carlos Teixeira Leite, além dos vários professores dos diversos Estados da nossa Federação... Enfim, são tantos os amigos cujos nomes eu teria de declinar que a omissão de muitos deles seria inevitável, motivo pelo qual não irei prosseguir nessa tentativa previamente fadada ao insucesso...

Também não poderia deixar de agradecer, adicionalmente, as palavras com que fui tão generosamente apresentado a todos os senhores. Em lugar da posição profissional que foi destacada e dos títulos acadêmicos declinados, sempre digo preferir, para minha definição curricular, os versos do nosso poeta Álvares de Azevedo, que tanta beleza trouxe ao Romantismo brasileiro, no já distante século XIX. São eles:

*“Descansem o meu leito solitário
Na floresta dos homens esquecida,
À sombra de uma cruz... E escrevam nela
Foi poeta, sonhou e amou na vida...”*

Este último verso: “*Foi poeta, sonhou e amou na vida*”, considerado por muitos como um dos versos mais belos da língua portuguesa, substitui, com evidente vantagem, as honrarias acadêmicas que porventura colecionamos ao longo da nossa vida...

Sei que incido, mais uma vez, num grave e irremediável pecado ao falar de Literatura numa exposição que versa apenas sobre um tema de Direito. Severa censura recebi de alguns mestres do passado por ter insistido em meus escritos na tentativa de aproximar o Direito da Literatura. Mas, como diz um verso do saudoso poeta José Paulo Paes, “o tempo sabe fazer as suas contas...”

No passado, como se sabe, era notório que o Direito sempre estivera próximo das Artes. Eu gostava de lembrar, a propósito, que o objeto da tese de doutorado de Hans Kelsen fora nada mais, nada menos, do que *A Divina Comédia*, de Dante Alighieri. E a famosa peça de Shakespeare, *O Mercador de Veneza*, por certo desconhecida pelos ignaros de plantão, foi a referência central de Rudolf von Ihering, em seu clássico *A Luta pelo Direito*. Para completar esses exemplos, lembrome também da passagem de um professor que tive na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que, numa das suas imperdíveis aulas, dizia que, para conhecer o Direito Penal, mais importante do que estudar os manuais da disciplina, era ler e reler a obra de Dostoiévski... Estou convencido de que ele estava rigorosamente certo...

Quero crer, porém, que na segunda metade da centúria passada, em nome de um pretense rigor científico, foi desencadeada uma espécie de divórcio entre o Direito e a Literatura. Tenho a impressão de que tal época terá ficado para trás. Há autores, no presente, que estão promovendo verdadeiro trabalho de resgate daqueles valores humanos, tão descuidadamente abandonados. Veja-se, a título meramente exemplificativo, a obra de Raffaele De Giorgi,³²¹ entre outras, na qual verifica-se o pioneirismo desse autor na reaproximação entre o Direito e a Arte, ao lado do movimento denominado *Law and Literature*, no qual despontam os nomes de François Ost e Gunther Teubner.

II – CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: A ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO COMPARADA

A dinâmica da vida empresarial faz com que a matéria falimentar deva ser concebida, necessariamente, *in fieri*. Os países estiveram sempre à procura, desde longa data, de uma legislação que fosse

321 Cf. *Direito, Tempo e Memória*, tradução de Guilherme Leite Gonçalves, São Paulo: Quartier Latin, 2006.

capaz de acompanhar a evolução dos fatos, além da forma pela qual os problemas se deflagravam na realidade social. Sabe-se, porém, que a provisoriedade das normas editadas ficava cada vez mais evidente aos olhares mais atentos. Veja-se, por exemplo, o que escreveu o Ministro da Justiça Conselheiro Borges Cabral, na Exposição de Motivos, feita em 26 de julho de 1889, apresentando ao Rei de Portugal o Código de Falências:

“Em matéria de falência não há previsões legislativas que bastem nem reformas que muito durem. Por um lado, a extrema mobilidade e suscetibilidade do crédito, cuja segurança a lei de falência se propõe tutelar, desorientam e amesquinham as mais completas e adequadas providências e obrigam o legislador a seguir nas suas constantes transformações dos caprichosos movimentos desse maravilhoso Proteu.

Por outro lado, a astúcia dos interesses penetra e desconcerta as mais finas malhas da urdidura legislativa, e o dolo e a fraude, tantas vezes auxiliados pelo desleixo ou complacências dos próprios executores da lei, a breve trecho fazem do descrédito desta o pedestal dos seus triunfos.”

Passemos, agora, a uma referência, feita de maneira muito breve, à legislação de alguns países, levando em conta as sábias ponderações de Tullio Ascarelli sobre os critérios metodológicos no estudo do direito comparado.

Dá-nos, esse grande autor peninsular³²², as seguintes recomendações: *“São, mais ou menos, as que sempre foram feitas pelos que se dedicam ao direito comparado. Bastaria, nesse sentido, lembrar o velho livro de Amari, que, em substância, faz a advertência em que se resume quanto vai dito nestas páginas: o que cumpre estudar é o direito comparado e não simplesmente a legislação comparada, a menos que se queira correr*

322 Cf. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo: Saraiva, 1969, p. 5.

o risco de tirar conclusões que, pelo fato de não serem completas, poderiam ser, afinal, erradas.”

Escusava dizer, portanto, que as referências que se seguem não se destinam, nem mesmo remotamente, a servir de base para algum estudo de direito comparado. Trata-se, apenas, de mero exercício de observação do que vem sendo feito na legislação desses países referenciados. Nada, evidentemente, além disso.³²³

Principiando, como não poderia deixar de ser, por este país que tão amavelmente nos recebe, os Estados Unidos da América, pode-se dizer que o Capítulo 11, do *Bankruptcy Code*, estabelece que a “reorganization” do devedor é decidida, fundamentalmente, pelos credores. São eles que têm a competência para aprovar ou rejeitar o plano de reorganização, para eleger o “trustee” e, também, para determinar o comparecimento do devedor a fim de que este preste declarações, sob juramento. É de observar-se, igualmente — como, aliás, terá ficado claro pelo que já foi exposto neste conclave pelos ilustres expositores estadunidenses —, a existência de ampla liberdade na divisão das classes desses credores. Não será despidendo assinalar, com base em Céline Dupoux e Carole Nerguararian³²⁴, que a *Loi de Sauvegarde des Entreprises* terá sido basicamente inspirada nesse referido Capítulo 11, do *Bankruptcy Code*.

Relativamente à Inglaterra, sabe-se existir a previsão da assembleia geral de credores (AGC) para as seguintes questões:

- a. Nos acordos propostos por empresas viáveis, mas em dificuldades financeiras (“Company Voluntary Arrangements” – CVA), a AGC delibera sobre a proposta de acordo apresentada, podendo modificá-la ou aprová-la.

323 Valho-me, neste passo, dos ensinamentos da professora e juíza de Direito, Renata Mota Maciel M. Dezem, colhidos em sua tese de doutoramento, intitulada “A Extensão da Competência do Juízo da Recuperação Judicial”, da qual tive a satisfação e a honra de ter sido orientador. (São Paulo: USP, 2016, p. 53).

324 In FABER, Dennis; VERMUT, Niels *et alia* (editores), *Commencement of insolvency proceedings*. New York: Oxford University Press, 2012, p. 284

- b. Na liquidação voluntária de companhia insolvente (“Voluntary Winding UP”), a assembleia de credores tem poderes para nomear o liquidante.
- c. No compromisso ou acordo (“Companies Act”), realizado entre a companhia devedora e seus credores, a assembleia poderá deliberar sobre a proposta de acordo apresentada.

No que se refere a Portugal, a assembleia geral de credores está prevista no Código da Insolvência e Recuperação de Empresas – CIRE, deliberando sobre a liquidação ou recuperação da empresa. Ela tem competência para rejeitar ou aprovar o plano de insolvência apresentado pelo devedor, bem como para nomear os membros que irão compor a comissão de credores (espécie de comitê de credores), podendo, ainda, revogar qualquer deliberação tomada por esta comissão.

Já na Espanha, há previsão da assembleia geral de credores (“junta”) somente no “Convenio”, que se destina às empresas em crise, mas passíveis de recuperação, podendo deliberar sobre a proposta de recuperação da empresa apresentada pelo devedor.

Na Itália, existe a previsão de assembleia de credores na falência, chamada “adunanza”, espécie de reunião para exame do passivo e substituição do administrador judicial, assim como designação de novos componentes do comitê. Ela é presidida pelo juiz.

Tanto na França, quanto na Argentina, inexistente a previsão de assembleia geral de credores. No primeiro desses países, existe apenas a previsão de um comitê de credores, enquanto, no segundo, há, somente, a previsão de uma audiência informativa, em que o devedor dará explicações e responderá a perguntas que lhe sejam, eventualmente, apresentadas por seus credores.

Na Alemanha, tomando por base a obra de Dora Berger³²⁵, a assembleia de credores (*Gläubigerversammlung*), conforme os §§ 74 e 76 da InsO (Lei de Insolvência Alemã), será convocada e presidida pelo

325 Cf. *A insolvência no Brasil e na Alemanha*, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2001, p. 119.

juízo da insolvência. Terão direito de voto os créditos habilitados que não tenham sido impugnados pelo administrador da insolvência ou por um credor com direito a voto, ao passo que os credores subordinados não terão direito a voto, conforme § 77 da InsO. O (2) do mesmo artigo refere que os credores com créditos impugnados poderão votar se, na assembleia de credores, o administrador judicial e os credores presentes com direito a voto acordarem sobre o direito de voto. Se não houver acordo, o juízo da insolvência decidirá. Não há previsão de voto por procuração. Nos termos do § 76 da InsO, as deliberações da assembleia de credores serão válidas quando os votos favoráveis corresponderem a mais da metade da soma das importâncias demandadas e, para os credores com direito de satisfação separada, será considerado o valor dos direitos de satisfação separada. Como se vê, a regra é da maioria simples. As deliberações tomadas pela assembleia, como regra, são vinculantes a todos os credores, inclusive àqueles ausentes à assembleia, não cabendo revogação. De qualquer modo, pode ser requerido ao juízo da insolvência a revogação da deliberação contrária aos interesses de credores da insolvência (§ 78 da InsO) e o objetivo desta previsão é impedir a imposição de interesses próprios por determinados grupos de credores, em prejuízo de outros.

III – OS PODERES DA ASSEMBLEIA GERAL DOS CREDORES E O CONTROLE JUDICIAL DE SUAS DELIBERAÇÕES

Grosso modo, podemos identificar quatro diferentes fases pelas quais passou a jurisprudência, levando-se em conta as decisões das Câmaras Especializadas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, responsáveis pela evolução da jurisprudência brasileira em matéria de recuperação judicial, desde o ano de 2005, tendo em vista suas posições adotadas de maneira absolutamente pioneira.³²⁶

326 Cf. DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. *A extensão da competência do juízo da Recuperação Judicial*. Tese de Doutorado apresentada à Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2016, p. 295.

A primeira fase foi marcada pelo reconhecimento da soberania da assembleia geral de credores e pela impossibilidade de maiores digressões pelo juízo da recuperação judicial. Essas decisões seguiam como norte, ao que tudo indica, a prevalência dos interesses privados envolvidos na recuperação judicial.³²⁷

Comentando o art. 56 da lei brasileira, o Prof. Márcio Guimarães defende essa autonomia dos credores nos seguintes termos: “... Dessa forma, reafirma-se o cerne do novo sistema em que ninguém melhor do que o credor para dizer se a continuidade da empresa é importante para o mercado em que está inserido, sendo certo que, em diversas hipóteses, a quebra é a melhor alternativa – melhor será a cessação da empresa à sua manutenção, evitando que efeitos deletérios ocorram.”³²⁸

E, pouco mais adiante, ao comentar o art. 58, assim ele se expressa: “A aprovação expressa ou tácita do plano de recuperação, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º seguintes, contará com a homologação judicial e a concessão da recuperação. Nota-se aqui, uma vez mais, o poder dos credores na determinação dos destinos dos empresários ou sociedades empresárias, não cabendo ao Ministério Público e ao juízo a análise da viabilidade econômico-financeira do plano de recuperação, mas tão-somente aos credores.”³²⁹

Em um segundo momento, chegam aos tribunais situações envolvendo a inaptidão da lei para resolver casos concretos que não se amoldavam ao disposto no artigo 58, § 1º, mas que exigiam a manifestação jurisdicional. É o caso de planos de recuperação

327 Neste sentido, exemplificativamente: “Recuperação judicial - Plano de recuperação rejeitado pela assembleia geral de credores - Pretensão a que seja homologado o plano ou designada nova assembleia - Inadmissibilidade - Ausência dos requisitos previstos no § 1o, incisos I, II e III, e § 2o, do art 58 da Lei nº 11 101/2005 - Matéria não sujeita ao poder discricionário do juiz - Recurso improvido.” (TJSP. Relator(a): Elliot Akel; Comarca: Diadema; Data do julgamento: 24/09/2008; Data de registro: 30/09/2008; Outros números: 5584604800). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3254058&cdForo=0&v1Captcha=wppuR>>. Acesso em: 10 set. 2015.

328 Cf. *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas* (CORRÊA-LIMA, Osmar Brina e CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão, Coordenadores, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 394.

329 Ob. cit., p. 396.

rejeitados por determinada classe composta por apenas um credor e a impossibilidade de atender aos requisitos da lei para concessão do *cram down*. A prevalência do interesse privado é mitigada, com considerações relacionadas à coletividade de credores, permitindo-se que prevaleça esse bloco de interesses em detrimento do interesse de apenas um credor.³³⁰

Reproduza-se, para os ouvintes estrangeiros, que não estão acostumados com a legislação brasileira, o teor do art. 58 da nossa Lei Falimentar:

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

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa:

330 Cf., neste sentido: “Recuperação judicial - Plano aprovado pela unanimidade dos credores trabalhistas e pela maioria dos credores da classe III do art. 41 e rejeitado por credor único na classe com garantia real - Concessão da recuperação judicial pelo juiz - Agravo de instrumento interposto pelo credor único, com garantia real - Preenchimento indiscutível do requisito do inciso II do § 1º do art. 58 (aprovação por duas classes) - Preenchimento, também, do requisito do inciso I do § 1º do art. 58 (voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes) - Requisito do inciso III do § 1º do art. 58 que jamais será preenchido, no caso de credor único que rejeite o plano, consagrando o abuso da minoria - Hipótese não cogitada pelo legislador e pelo *cram down* restritivo da lei brasileira - Juiz que, não obstante, não se exime de decidir, alegando lacuna na lei - Inteligência do disposto no art. 126 do CPC, aplicável supletivamente ao caso (art. 189 da nova LFR) - Inexistência de tratamento diferenciado entre credores da mesma classe - Falta de legitimidade recursal quanto à dispensa de certidões negativas fiscais, além do que, no sentido da r. decisão combatida, existe caudalosa jurisprudência desta Câmara - Decisão de concessão mantida - Agravo de instrumento não provido” (TJSP. Agravo de instrumento n.º 0342925-26.2009.8.26.0000. Relator: Romeu Ricupero. DJ de 28.8.2009). No mesmo sentido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7865689&cdForo=0>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

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 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Permito-me abrir ligeiro parêntese para reforçar aquilo que foi dito aqui neste nosso encontro em palestras anteriores: não há dúvida de que o instituto do *cram down*, previsto no § 1.129 do *Bankruptcy Code*, é muito mais amplo do que o nosso, regulado pelo retro transcrito art. 58 da Lei 11.101/05.

O § 1.129 dispõe que o juiz pode conceder a recuperação, a despeito da contrariedade por alguma das classes, sempre que o plano rejeitado seja viável, respeite a ordem de preferência legal e não implique tratamento diferenciado entre os credores de uma mesma classe.

Fechado o parêntese, volto às etapas da nossa jurisprudência pátria. Num terceiro movimento, é possível observar-se uma análise mais apurada e minuciosa de questões envolvendo matérias de ordem pública, não se afirmando, com isso, que, nas fases anteriores, não fossem igualmente analisadas tais questões, até porque decorre da própria essência da atividade jurisdicional reconhecer, de ofício, qualquer afronta à lei ou à ordem pública. De qualquer modo, nessa terceira fase, há um número maior de decisões cujo foco são violações à legalidade.

É nesse momento que o *abuso do direito* ganha relevo, para justificar sejam desconsiderados votos ou deliberações tomadas pelos credores em situações nas quais o titular do direito agiria com o único escopo de prejudicar um terceiro, sem nenhum respaldo em interesse legítimo. A evolução do *abuso do direito*, em sua moderna concepção, tem início na jurisprudência francesa, embora restrita ao reconhecimento de ato ilícito. É no direito alemão que o abuso do direito figura como limitador do exercício de posições jurídicas, na esteira da doutrina da boa-fé, cujas consequências, para além do dever de indenizar, podem gerar a ineficácia do ato ou sua invalidade, sem a necessidade de demonstração da culpa do agente.³³¹

Embora fosse reconhecido pela doutrina brasileira, a partir da leitura *a contrario sensu* do disposto no artigo 160, I, do Código Civil de 1916, o abuso do direito não tinha maior repercussão no direito brasileiro. Com a edição do Código Civil de 2002, o *abuso do direito* foi positivado no artigo 187, ao que parece, afastando-se da tradição francesa para aproximar-se da boa-fé, nos moldes da doutrina alemã. Esse posicionamento foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, em claro sinal de que o interesse público envolvido na recuperação judicial deve prevalecer, não obstante o interesse privado dos credores.

O *abuso do direito de voto* também constitui desdobramento dessa terceira fase da jurisprudência, passando-se a desconsiderar votos abusivos dos credores na assembleia de aprovação do plano.

Finalmente, na quarta e atual fase da jurisprudência, são encontradas decisões contendo complexa análise de questões de legalidade, verificadas cláusula a cláusula do plano, constituindo verdadeiro coroamento da influência de todos os interesses envolvidos na recuperação judicial, os quais não podem ser olvidados pelo juízo da recuperação judicial na prolação de suas decisões. Também neste momento o problema do ***abuso do direito*** é levado em conta.

Exemplos desta quarta fase:

331 Cf. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 57-59.

Nesse sentido, “a primeira diretriz a ser seguida, portanto, é que, além dos interesses do devedor e dos credores, o direito da empresa em crise deve buscar uma organização eficiente de todos os demais interesses, centrando-se na busca da concretização do interesse público (na concepção romana, ou seja, de interesse do povo), expresso nos princípios e objetivos da ordem econômica estabelecidos no art. 170 da CF/88. Em uma palavra, parte-se do pressuposto de que o direito da empresa em crise constitui um importante instrumento de implementação de políticas públicas, constituindo um dos capítulos da política econômica.” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial, cit., p. 187).

Ilustra muito bem essa afirmação o seguinte precedente: “RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Decisão de homologação do plano de recuperação. Recurso contra três aspectos distintos do plano de recuperação judicial, a saber: (i) violação do princípio da igualdade entre os credores quirografários; (ii) excessivo prazo para pagamento do crédito, sem incidência de correção monetária; (iii) criação de obstáculo ilícito à execução de garantias em face de coobrigados, solidários e subsidiários. Aprovação do plano de recuperação judicial pela assembleia de credores não a torna imune à verificação, pelo Poder Judiciário, sobre aspectos de sua legalidade e de obediência a princípios cogentes que iluminam o direito contratual. Entendimento mais moderno e praticamente sedimentado, tanto do Tribunal de Justiça de São Paulo como do Superior Tribunal de Justiça.

Como todo e qualquer negócio jurídico, a aprovação assemblear do plano de recuperação judicial deve observar todas as normas cogentes da Lei Falimentar e de Recuperação (LFR) e também do direito comum, com especial destaque para os novos princípios de ordem pública que iluminam o direito contratual, quais sejam, o da boa-fé objetiva, o da função social e o do equilíbrio (ou justiça contratual). No que se refere ao primeiro aspecto da impugnação (violação do princípio da igualdade entre os credores quirografários), não tem razão o recorrente. Há entendimento absolutamente

tranquilo dos tribunais e desta Câmara Empresarial no sentido da legalidade da criação de subclasses. O que não se tolera, diante de sua manifesta ilicitude, é a divisão em subclasses como manobra para direcionar a assembleia, atingir quóruns legais e penalizar severa e injustificadamente determinados credores. No que se refere ao segundo aspecto (excessivo prazo para pagamento do crédito, sem incidência de correção monetária), o recorrente tem apenas parcial razão. Peculiaridade do caso concreto. Deságio (50%) e o prazo de pagamento (7 anos, mais dois de carência) não ultrapassam o limite do suportável e nem aniquilam os créditos financeiros do banco credor. Um aspecto do plano aprovado, porém, merece reparo. A ausência de previsão de correção monetária dos créditos ao longo dos nove anos provoca um duplo deságio. Isso porque, como é sabido, a correção monetária não é um plus que acresce ao crédito, mas um minus que se evita. É mecanismo de singela preservação do valor real, ou de compra da moeda. No que se refere ao terceiro aspecto objeto da impugnação (criação de obstáculo ilícito à execução de garantias em face de coobrigados solidários e subsidiários), o plano de recuperação viola frontalmente texto de lei e a jurisprudência pacífica das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial e do Superior Tribunal de Justiça. Recurso parcialmente provido.” (TJSP. Relator(a): Francisco Loureiro; Comarca: Guarulhos; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 04/07/2013; Data de registro: 06/07/2013). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6857430&cdForo=0>>. Acesso em: 10 set. 2014.

IV – O ABUSO DO DIREITO DE VOTO

Antes mesmo de tratarmos da árdua questão relativa ao abuso do direito de voto, cabe fazer uma breve referência à dificuldade existente

com a própria expressão “abuso de direito” ou “abuso do direito”.³³² Tratar-se-ia de uma discussão gerada por interpretações diferentes do sentido de uma palavra, como asseverou Planiol?

Em seu *Traité élémentaire de droit civil*, o famoso escritor francês atribuía à expressão o caráter de uma autêntica logomaquia: “*Sa formule ‘usage abusif des droits’ est une logomachie, car si j’use de mon droit, mon acte est licite; et quand il est illicite, c’est que je dépasse mon droit et que j’agis sans droit, injuria, comme disait la loi Aquilia*”, ou, em livre tradução de minha parte, “*sua fórmula ‘uso abusivo de direitos é uma logomaquia, pois, se uso o meu direito, meu ato é lícito; e, quando ele é ilícito, é que ultrapassei meu direito e agi sem direito, injuria, como dizia a Lei Aquilia*”...

Ao comentar o art. 1.064 do Código Civil de 2002 relativo ao uso da firma ou denominação social pelos administradores que tenham os necessários poderes, tive a oportunidade de assinalar que a doutrina clássica distingue os atos de *abuso de poder* (*abus de pouvoir*), de *abuso do direito* (*abus du droit*) e de *desvio de finalidade ou de poder* (*détournement de pouvoir*). Problema dos mais delicados, sem dúvida, é precisar, com segurança, quando o ato praticado ou o negócio celebrado é ou não no interesse da sociedade, se é ou não estranho ao objeto social.

Trata-se, com efeito, do *punctum saliens* de que nos falava Waldemar Ferreira, em seu famoso *Tratado de sociedades mercantis*,³³³ e tão bem exposto por Egberto Lacerda Teixeira: “*Ora é extremamente*

332 Abstenho-me, aliás, por considerá-la despcienda aos propósitos desta breve exposição, de tomar partido na controvérsia existente sobre a inadequação do uso da expressão abuso **de** direito no lugar de abuso **do** direito, como asseverou Pontes de Miranda, em seu *Tratado de Direito Privado* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, 3ª ed., vol. 53, p. 71), no qual esse nosso famoso jurista assim pontificou: “A expressão ‘abuso de direito’ é incorreta. Existe ‘estado de fato’ e ‘estado de direito’; porém não ‘abuso de fato’, ou ‘abuso de direito’. Abusa-se de algum direito, do direito que se tem”, sublinhando, ainda, que: “O Código de Processo Civil fala de ‘abuso de direito’, expressão que aparece em certos juristas desatentos à terminologia científica e indiferentes à sua exatidão. ‘Abuso do direito’ é que é. Recebemo-las dos livros franceses, em que se usa ‘abus du droit’.” Com todo o respeito que merece o insigne juriconsulto pátrio, parece-me que a incorreção por ele referida, caso efetivamente existente, seria mera questão de *lana caprina*...” Trata-se, evidentemente, de uma questão terminológica e não, propriamente, jurídica.

333 São Paulo: Freitas Bastos, 1954, v. 1º, p. 214 e ss.

difícil no curso normal das transações traçar, com segurança e rapidez, em cada caso concreto, a linha demarcatória entre atos que se compreendem e atos que não se compreendem dentro do ‘negócio designado no contrato’.”³³⁴

Se existe uma dificuldade ínsita, na prática dos negócios, de identificar com segurança quando há ou não o exercício abusivo de um direito ou o exercício abusivo de um poder, relativamente ao eventual abuso do direito de voto, é indubitável que tal dificuldade aumenta consideravelmente, máxime pelo fato de inexistir na Lei 11.101 — como existe, por exemplo, na Lei 6.404, sobre as sociedades por ações³³⁵ — previsão específica para o exercício de voto abusivo por parte do credor em assembleia geral.

Inexiste dúvida, no entanto, de que a figura do abuso do direito de voto vem sendo reconhecida, tanto na terceira quanto na quarta “fases” da jurisprudência brasileira, além de, expressamente, por boa parte da doutrina pátria.

O Prof. Erasmo Valladão, por exemplo, assinala, com propriedade:³³⁶ *“Uma das hipóteses mais comuns de vício do voto é o voto proferido em conflito de interesses. Sucede que, em franco descompasso com a Lei das S/A (art. 115, § 4º), o Código Civil, subsidiariamente aplicável à*

334 *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 119.

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

§ 1º *o acionista não poderá votar nas deliberações da assembleia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.*

§ 2º

§ 3º *o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido.*

§ 4º *A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido.”*

336 Cf. *A assembleia-geral de credores na nova lei falimentar*, RDM nº 138, São Paulo: Malheiros Editores, abril-junho/2005, pp. 79/80.

*Lei 11.101, não prevê a anulação das deliberações tomadas em decorrência de voto conflitante. A Lei 11.101, infelizmente, não trata da matéria. E não faltarão hipóteses em que o interesse individual de determinado credor poderá ser substancialmente conflitante com o **interesse comum dos credores**, o que, em bom Direito, exigiria a anulação da deliberação. Não é fácil, entretanto, conceituar o que seja o **interesse comum dos credores**”.*
(grifos meus)

Prossegue, em seguida, esse mesmo professor: “Segundo uma autorizada opinião doutrinária, tal interesse consistiria no interesse que tem cada credor em, ao menos a médio prazo, minimizar seus prejuízos, mediante a ampliação das disponibilidades da massa. Outras manifestações doutrinárias e jurisprudenciais têm considerado contrárias ao interesse comum dos credores as deliberações:

(1) que causam prejuízo desproporcional, inadequado, para uma parte dos credores; (2) que favorecem um credor em particular, ou um grupo de credores, especialmente os credores privilegiados ou com garantia real, ou ainda terceiros, em detrimento da comunhão dos credores; (3) que não são úteis a ninguém; (4) que favorecem o devedor ou um terceiro sem qualquer vantagem para a massa.

Como hipóteses concretas de conflito de interesses podem ser imaginadas, por exemplo, a de uma credora, indústria automobilística, que vote contrariamente à aprovação do plano de recuperação judicial por estar interessada na falência do devedor, seu concessionário, a fim de passar a concessão a outrem; ou da credora interessada na falência de seu agente ou distribuidor (art. 710 do CC), igualmente para transferir a outrem a agência ou a distribuição de seus produtos; ou ainda, da credora que tenha interesse na falência de seu devedor simplesmente por ser sua concorrente.”

Ao analisar o retro citado art. 115 da Lei Acionária, assevera-nos o já citado Prof. Erasmo Valladão:

“Nessa perspectiva, torna-se difícil caracterizar o direito de voto como um verdadeiro direito subjetivo, por definição livre no seu exercício, na medida em que, votando, o acionista deve antepor ao seu interesse o interesse da companhia, embora este último, como interesse comum, também em certa medida lhe pertença. Em princípio, pois, parece ajustada à hipótese a já mencionada formulação de Asquini, concebendo o voto como um diritto a doppia faccia: de um lado, direito subjetivo – ao voto – tutelando um interesse individual do acionista; de outro lado, um poder concedido ao acionista no interesse social.”

Seguindo esse mesmo raciocínio, conforme já pude salientar anteriormente, parece razoável sustentar-se que situação deveras semelhante ocorre com o credor que vota na assembleia geral o plano de recuperação. É certo que ele tem todo o direito de votar e de fazê-lo, evidentemente, **contra** o plano, se este for contrário a seus legítimos interesses. Não é suficiente, porém, que o credor tenha interesse em votar contra. Necessário se torna que esse interesse seja legítimo, isto é, em consonância com a ordem jurídica vigente. Em termos práticos, é preciso que haja legítima fundamentação por parte do credor para que o plano de recuperação apresentado seja por ele rejeitado.

Não se trata – esclareça-se desde logo – de ser o retro mencionado preceito da lei acionária um caso isolado. Podemos encontrar, igualmente, as seguintes disposições legais relativas, direta ou indiretamente, ao tema.

Destaca-se, em primeiro lugar, a Lei nº 12.529/2011:

*“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear **ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência** ou a livre iniciativa;*

§ 3º. *As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; IV - **criar dificuldades** à constituição, ao funcionamento ou **ao desenvolvimento de empresa concorrente** ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;*”

A par de tal artigo, é de invocar-se, igualmente, o art. 187 do Código Civil de 2002: *“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.”*

Alguns Enunciados aprovados nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal são pertinentes ao tema:

Enunciado nº 37, da Jornada de 2002, do seguinte teor: *“A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.*

Enunciados nº 413 e 414 aprovados na V Jornada, realizada em novembro de 2011, *in verbis*:

413. *“Art. 187: Os bons costumes previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época, e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva.”*

414. *“Art. 187: A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito.”*

A já mencionada Dra. Renata Mota Maciel M. Dezem, quando Juíza de Direito da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, na decisão da recuperação judicial da VARIG LOGÍSTICA S/A, em 05 de outubro de 2009), assim se expressou:

*“Diante da encruzilhada, é preciso se lastrear no **princípio da proporcionalidade**, de cunho supraconstitucional, para verificar qual o dano maior a ser evitado: a permissão para que tais credores se utilizem do seu direito de voto, na referida Assembleia, podendo levar a uma votação contaminada **OU** por outro lado, não permitir que tais credores exerçam seu direito consagrado pelo art. 39 da referida Lei, não participando ativamente da votação, mas garantindo a aplicação do **art. 47 da Lei** que tem como **princípio a continuidade da empresa- Essa é a questão a ser enfrentada: qual o dano maior...***

... Entendo que, quando a Lei 11.101/05 quis garantir ao credor o direito de decidir sobre o Plano de Recuperação da empresa, indubitavelmente, não contemplou que se houvesse, por parte do credor, intenção notória de contrariedade quanto aos princípios ínsitos da própria Lei, dito direito a voto permanecesse incólume. Ora, seria um contrassenso jamais buscado pelo legislador. E, no caso em tela, parece-me que a contrariedade baseia-se na intenção contínua de adquirir ativos baratos da devedora, como detalhado na reportagem. Neste caso, não posso me furtar, em hipótese alguma, em seguir os ditames do art. 47 da referida Lei, ora transcrito:...”

Poder-se-ia dizer, então, que somente o prudente arbítrio do Poder Judiciário poderá identificar quando um voto de um credor na assembleia geral poderá estar sendo abusivo ou não... No que consistirá, por sua vez, esse “*prudente arbítrio do Poder Judiciário*”? caberia, então, perguntar...

Passam a ser fundamentais, nessa ordem de ideias, conforme já amplamente debatido em sede doutrinária, tanto a questão da viabilidade econômico-financeira do plano de recuperação, quanto a relevância social da empresa em recuperação.

O Prof. Fábio Ulhoa Coelho, que nos brindou com a palestra inaugural deste memorável encontro aqui na *California Western School of Law*, pondera: “*Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a*

*permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores.”*³³⁷

Moacyr Lobato de Campos Filho deixa muito claro que os balizamentos que devem orientar o juiz na identificação de um eventual exercício abusivo do direito de voto, por parte do credor, são: o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes. São suas palavras: *“Ao juiz caberá, no caso concreto, identificar as hipóteses de exercício abusivo do direito de voto, impondo as sanções correspondentes. Não exercerá o magistrado, principalmente em sede de recuperação judicial, atribuições meramente homologatórias, chancelando com uma espécie de ‘visto’ judicial a vontade imperativa dos credores. Ao contrário, sua atuação deverá ser efetiva, evitando-se o desequilíbrio que a disparidade de poderio econômico poderá ensejar. **Não obstante a ausência de parâmetros sobre exercício abusivo do direito de voto na lei falimentar**, o juiz poderá reconhecê-lo em razão do exercício manifestamente excedente os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes pelo titular do direito de voto”.*³³⁸

Adalberto Simão Filho, em linha muito semelhante, ao tratar do tema, assinalou: *“Se se entender esta regra ao pé da letra, poderá haver casos em que os credores, por motivos e interesses outros não relacionados ao crédito, mas sim ao mercado e sua participação ou a negócios de diversas matizes, possam controlar a votação da assembleia em suas múltiplas classes para que o resultado seja não a não-aprovação por insuficiência de quórum, mas sim a rejeição completa do plano com vistas a gerar a falência e retirar o concorrente ‘player’ do mercado. Ora, se o plano tem fundamento técnico e está construído à luz do artigo 50 e possui substância, embasamento e conteúdo próprios que demonstram a possibilidade de recuperação da empresa a certo prazo e a sua importância e função social no cenário nacional, como deveria ser vista a investida hostil de credores pela via assemblear com a finalidade única de gerar a falência? Parece-nos que a lei deve possuir seus sistemas protetivos para com relação a fatos desta*

337 Cf. *Curso de Direito Comercial*, vol. 3, p. 218.

338 Cf. *Falência e Recuperação Judicial*, Editora Del Rey: Belo Horizonte, 2007, p. 145.

*natureza que podem efetivamente ocorrer dada a forma como será tomada a deliberação acerca do plano.”*³³⁹

Jean Carlos Fernandes,³⁴⁰ por seu turno, assinala: “A aplicação dos princípios da equidade e da proporcionalidade na nova legislação recuperacional sugere igual sacrifício para todos os credores com o fim precípua de beneficiar o devedor comum e permitir a sua reestruturação, saneamento e recuperação.

Igualmente, a nova ordem determina a interação com a economia, a incidência do **princípio econômico da eficiência** e da **teoria do esforço compartilhado** para salvar a empresa em estado de crise econômico-financeira, na medida em que permite e impõe a revisão das obrigações pecuniárias em pleno vigor, decorrentes de atos jurídicos perfeitos e acabados, em virtude de finalidades que determinam a intervenção do Estado no domínio dos contratos privados (dirigismo contratual), por razões de ordem política, social e econômica.” (grifos meus).

Deixando de lado a referência ao **princípio econômico da eficiência** — já que, graças a Deus, estamos na Califórnia e não em Chicago, dispensando-me, portanto, de falar no indigesto tema da Escola Econômica de Direito de Chicago —, cabe examinar o que vem a ser a teoria do **esforço compartilhado**, a que alude o Prof. Jorge Lobo, após os seguintes questionamentos que formula:

“Como explicar que tantas e tão graves consequências possam afetar os direitos e interesses dos credores contra a sua expressa manifestação de vontade ou sem a sua formal aquiescência? Como justificar, por exemplo, a autêntica e notória “desapropriação” dos direitos dos credores no caso de perdão parcial de dívidas? E a frustração de suas legítimas expectativas de receberem o que lhes é devido no prazo contratado ou terem alteradas, à sua revelia, as condições pactuadas originalmente? E o risco de a devedora ser cindida, incorporada, fundida ou transformada em sociedade diversa?”

339 Cf. *Interesses Transindividuais dos Credores nas Assembleias Gerais e Sistemas de Aprovação do Plano de Recuperação Judicial*, in *Direito Recuperacional*, Quartier Latin: São Paulo, 2009, p. 59.

340 *Reflexões sobre a nova lei falimentar: os efeitos da homologação do plano de recuperação extrajudicial*, RDM 141.

E a imposição de pagamento através de dação, sem os credores concordarem, expressamente, em receber bem diverso do contratado e/ou de novação modificativa do objeto ou do sujeito passivo da obrigação? E a constituição de sociedade de credores em flagrante violação do artigo 5º, XVII, da Constituição Federal, que garante ao indivíduo o direito fundamental de só participar de qualquer tipo de sociedade quando quiser e bem entender? E a venda de bens do devedor, inclusive de seu principal estabelecimento, em detrimento das garantias dos credores representadas por bens imóveis, móveis e semoventes, que compõem o seu ativo permanente e realizável?”

Parecem-me extremamente procedentes as explicações desse eminente professor quando apresenta, como supedâneo para suas respostas, a teoria do esforço compartilhado e o princípio da equidade, *in verbis*: “A explicação e a justificativa estão na teoria do esforço compartilhado (para salvar a empresa em estado de crise econômico-financeira) e no princípio da equidade (que demanda igual sacrifício para todos os credores com o fim precípuo de beneficiar o devedor comum e permitir a sua reestruturação, saneamento e recuperação).

A teoria do esforço compartilhado aplica-se àquelas situações que reclamam e impõem a revisão das obrigações pecuniárias em pleno vigor, decorrentes de atos jurídicos perfeitos e acabados, que fazem ‘lei entre as partes’ desde os romanos, em virtude de finalidades que determinam a intervenção do Estado no domínio dos contratos privados, por razões de ordem política, social, econômica, financeira, administrativa, cambial, etc.

*O princípio da equidade tem sido, desde a antiguidade, ampla e eficazmente utilizado na busca de soluções justas e adequadas a cada caso concreto, tratando, no dizer de PERELMAN, de idêntica forma ‘os seres que fazem parte de uma mesma categoria essencial’, ‘categoria essencial’ da qual fazem parte, numa situação de crise empresarial, por ambos serem afetados, devedor e seus credores.”*³⁴¹

Sei que já ultrapassei, por minha exclusiva culpa, o tempo destinado à presente exposição e não desejo cometer a cinca de ocupar o espaço reservado ao querido amigo, Dr. Eronides, que falará

341 Cf. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, Coordenadores, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 154.

em seguida... Foi muito honroso para mim discorrer para uma plateia tão seleta. E, se me for concedido mais alguns segundos, permito-me encerrar esta singela e descosturada arenga, utilizando-me de uma passagem do Padre António Vieira, tantas vezes invocada ao cabo das minhas palavras: *“Se eu não vos convenci de nada, espero que não vos tenha aborrecido muito...”*

