

Doutrina

O STATUS JURÍDICO DO CONTROLADOR E DOS ADMINISTRADORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Introdução – Os conflitos entre a LREF e a LSA. 1 O conceito de controlador na legislação societária e seu alcance: 1.1 O exercício do direito de voto pelo controlador; 1.2 A responsabilidade do controlador por abuso do poder de controle. Modalidades do exercício abusivo do poder; 1.3 O exercício da atividade dos administradores na sociedade “in bonis”. Aspectos relevantes. 2. Aspectos pertinentes da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LREF): 2.1 A vida da sociedade em recuperação judicial na LREF. Funções do Controlador e dos Administradores; 2.2 A nomeação de um gestor judicial. 3. A questão da “destituição” do controlador. A interpretação do termo “devedor” como sinônimo de “controlador”. Considerações críticas nos planos dos direitos nacional e comparado: 3.1 A solução da lei espanhola; 3.2 O direito português; 3.3 O direito norte-americano. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

– Os conflitos entre a LREF e a LSA

A LREF ainda tem uma história bastante recente, de maneira que muitos dos seus temas não foram aprofundados pelos estudiosos e outros nem sequer por eles abordados. Um destes últimos diz respeito, precisamente, ao *status* jurídico do controlador e dos administradores no curso de uma recuperação judicial, quando são confrontadas as normas apropriadas da legislação societária (conforme seja a sociedade limitada ou anônima) e da própria LREF.

A doutrina tem apontado diversos problemas na LREF, entre os quais a falta de sistematização de seus institutos, tanto no plano interno, como externamente, ou seja, na sua interação com outros sistemas, sen-

do de se lembrar as falhas apresentadas neste ponto no tocante à legislação societária.¹

O problema acima citado não é apanágio do direito brasileiro. André Brunet, em estudo sobre o projeto de reforma do direito falimentar francês demonstra a natureza caótica do sistema ali presente.²

Nelson Marcondes Machado estudou a questão dos conflitos da Assembléia-geral de credores da LREF com a Assembléia-

1. A este respeito tivemos oportunidade de nos manifestar em nosso trabalho “Pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência”, in *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas* (Luiz Fernando Valente de Paiva, coord.), pp. 63 e 62.

2. “Propos critiques sur le projet de réforme du droit français de la faillite”, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 36/122.

Geral dos acionistas das companhias,³ estas comandadas pelo controlador, como se sabe. A situação conflituosa em causa não se limita à sociedade anônima, mas também pode ocorrer na limitada.

O autor mencionado reconhece a existência de controvérsias entre os credores da sociedade em recuperação judicial e seus sócios, indicando que a fonte principal do fato se refere à dependência de algumas resoluções tomadas pela assembléia de credores em relação à assembléia de sócios. Um dos exemplos trazidos por Nelson Marcondes Machado está na submissão do plano de recuperação ao consentimento da assembléia de credores e o possível confronto que esta poderá ter com o conclave dos sócios. Lembre-se que os dois órgãos funcionarão concomitantemente durante o processo de recuperação judicial, parte dos casos em linhas paralelas, parte em linhas que poderão interceptar-se em diversos pontos.

Alguns dos exemplos da intersecção acima mencionada, conforme lembrado por Nelson Marcondes Machado, estarão nas opções adotadas pelo plano de recuperação judicial em favor dos institutos da cisão, da criação de subsidiárias, ou da emissão de debêntures, cuja aprovação depende da Assembléia-Geral dos sócios da sociedade.

Anota Nelson Marcondes Machado com a nossa veemente concordância que o legislador da LREF passou absolutamente ao largo de questões dessa natureza, limitando-se, no art. 50, a estabelecer que, na recuperação judicial, “*será observada a legislação pertinente a cada caso*”.

Desta forma, instalado o desacordo entre as duas assembléias, e estando o aplicador da lei diante de uma omissão como

3. Cf. “A Assembléia-Geral de credores e seus conflitos com a Assembléia-Geral de acionistas”, in *Direito Societário e a Nova Lei de Recuperação de Empresas* (Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos de Aragão, coords.), pp. 148 e ss.

acima indicado, pergunta-se qual o critério a ser adotado para a solução do impasse. De maneira geral, tendo em conta o espírito da LREF, presente em seu art. 47, voltado para a salvação da empresa, deverão prevalecer as normas deste diploma legal, em detrimento da legislação societária.

Mas o problema específico para cuja solução pretendemos trazer uma contribuição neste trabalho não diz respeito tão-somente à predominância da LREF em relação à legislação societária diante da atuação do controlador da sociedade em recuperação judicial, mas também no que diz respeito às medidas que possam ser tomadas em relação àquele, e quem detém a competência legal para tanto.

Assim sendo, neste breve estudo pretendemos lançar algumas questões que entendemos importantes no tema em pauta, o qual certamente dará margem a outros desdobramentos. Faremos o estudo do controlador como tal, isoladamente, não levando em conta o exercício eventualmente concomitante de cargo de administrador, ao lado do exame da posição a ser exercida pelos administradores nesta fase especial da atividade da sociedade.

Lembre-se que a recuperação judicial no direito brasileiro aplica-se às sociedades que exercem uma atividade empresarial, independente do tipo escolhido pelos sócios, como sejam a limitada e a companhia, as duas únicas modalidades praticamente usadas no ordenamento jurídico pátrio.

1. O conceito de controlador na legislação societária e seu alcance

Já tivemos oportunidade de nos aprofundarmos sobre a matéria em questão nos itens apropriados dos vols. 2 e 3 do nosso *Curso de Direito Comercial* procurando aqui sintetizar as colocações que ali foram feitas.

Não há no NCC uma definição genérica de controlador, muito menos específica

camente para o caso da sociedade limitada. Assim sendo, seja pela permissão do art. 1.053, parágrafo único do NCC (que autoriza a limitada a estabelecer a sua regência supletiva segundo o regramento das companhias), seja pelo recurso à analogia, o conceito de controlador para os dois tipos societários é dado pelo art. 116 da Lei 6.404/1976, ou seja, a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas, vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

(a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da Assembléia-Geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

(b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Observando o texto legal em apreço, podemos destacar sistematicamente os seguintes aspectos da definição do controlador:

(i) trata-se de pessoa física ou jurídica, ou de grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto ou controle comum

Para o efeito do conceito vertente, a lei não leva em conta a qualidade do titular das ações da companhia. É possível, que, por exemplo, se não houver ofensa ao próprio objeto social, o controlador de uma companhia seja por sua vez uma associação, a qual, como se sabe, é impedida de ter fins lucrativos (NCC, art. 53).

A referência legal a grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto tem em conta o fato da realidade segundo a qual frequentemente uma única pessoa natural ou sociedade não é titular da quantidade de ações necessárias à efetivação do controle, necessitando para tanto se associar a outros acionistas, por meio da celebração daquele acordo que tem a natureza de um pac-

to parassocial, tema que não será objeto de nossas considerações.

O controle comum, por sua vez, se dá quando duas sociedades são proprietárias da quantidade de ações suficientes para o preenchimento dos demais requisitos do conceito de controlador e ambas são controladas, por sua vez, pela mesma pessoa ou por um grupo de pessoas. Cuida-se, neste caso, de controle em cascata.

(ii) titular de direitos de sócio

A titularidade de direitos de sócio no sistema jurídico societário brasileiro diz respeito tão-somente a quem é proprietário de ações (quanto à companhia), pois são apenas estas que dão direito de voto, condição essencial para a qualificação do controle e de quotas (no tocante à sociedade limitada, na qual todos os sócios têm direito de voto). As ações via de regra serão ordinárias nominativas ou escriturais, considerada a prática estatutária de não se dar direito de voto às ações preferenciais, ou concedê-lo raramente, mas com restrições.

(iii) que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da Assembléia-Geral

Esta maioria de votos será verificada em cada assembléia, no caso concreto, na dependência de como se encontra a distribuição de ações na sociedade correspondente. Quanto mais pulverizado o capital social, menor será a quantidade proporcional de ações para caracterizar o controle.

Tenha-se em conta que a lei usa o termo *permanente*. Isto não quer dizer, evidentemente, *eterno*. O legislador desejou significar que não se trata de uma situação fortuita e dependente do acaso. O controlador individual ou o grupo de controle constrói mecanismos para que sua posição seja duradoura no tempo, tendo em vista os interesses econômicos para eles relevantes na sociedade controlada.

(iv) *e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia*

Seria ineficaz o controle se o controlador não pudesse comandar a sociedade por meio dos administradores desta, que ele escolhe na Assembléia-Geral ou nas reuniões do Conselho de Administração, os quais lhe devem obediência, sob pena de poderem ser demitidos *ad nutum*. Na sociedade limitada, como se sabe, os administradores podem ser diretamente designados no contrato social ou serem eleitos em Assembléia-Geral ou reunião de sócios, conforme o caso.

Observe-se que, segundo já foi dito acima, o controlador não necessita obrigatoriamente ocupar um cargo na administração da companhia, o que geralmente acontece em relação à presidência do Conselho de Administração e/ou da Diretoria. Seu poder de eleger e de demitir é suficiente para orientar eficazmente a sociedade, no atendimento dos seus interesses. Tais interesses, note-se, devem ser concordes ao interesse social.

(v) *usa efetivamente o seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia*

De nada adiantaria ter alguém todo um arsenal de poderes à disposição aptos a constituir o controle social, se eles não fossem efetivamente utilizados. Não se trata, portanto, de poder em potência, mas em ato.

A referência a *dirigir as atividades sociais* significa fazer com que os órgãos da sociedade funcionem sob o seu comando, tornando a parte final do dispositivo sob análise uma repetição desnecessária. Nunca é demais reforçar a noção no sentido de que não cabe ao controlador como tal praticar qualquer ato de gestão, área privativa dos administradores, especialmente dos diretores quando é adotado o modelo dual de

administração (Conselho de Administração e Diretoria), este último possível também na sociedade limitada por meio de opção feita no contrato social.

1.1 *O exercício do direito de voto pelo controlador*
(arts. 116, parágrafo único e 116-A)

O controlador não pode exercer o direito de voto de forma absolutamente livre somente pelo fato de ser o proprietário da parte do capital da companhia que lhe dá poder sobre as decisões da Assembléia-Geral. A lei estabelece um parâmetro de conduta do controlador nesta matéria, segundo os termos do parágrafo único e do art. 116-A, havendo acrescentado neste último dispositivo regras para rígidas quando se trata de companhia aberta.

No sentido acima, esquematicamente, o controlador está cerceado ao uso do poder de controle quanto às seguintes condições:

(i) fazer a companhia realizar o seu objeto;

(ii) cumprir a sua função social;

(iii) atender e respeitar com lealdade os deveres e responsabilidades que tem perante:

- os demais acionistas (minoritários, evidentemente);

- os que trabalham na sociedade (por relação de emprego ou outra qualquer); e

- a comunidade em que atua.

A realização do objeto social é o meio pelo qual a sociedade exercerá a sua atividade na busca de lucros a serem distribuídos aos acionistas. Trata-se de qualquer atividade econômica lícita que foi julgada idônea para o fim em vista ao tempo da criação, tendo obtido, como consequência, o devido arquivamento no Registro do Comércio. Neste sentido, não pode o controlador mudar o objeto social de fato, ao seu alvedrio. Esta exigência se coloca tanto diante

dos sócios minoritários, que o ajudaram a constituir a sociedade, como perante os terceiros com os quais a sociedade se relacionará assumindo direitos e obrigações.

No caso específico da companhia a função social mencionada pelo legislador só apresenta sentido quando colocada dentro de um contexto mais amplo, de matriz constitucional, ou seja, a função social da propriedade. Desde muito tempo que a propriedade deixou de ser a expressão do individualismo egoístico, marcante até o começo do século passado, para apresentar uma utilização condicionada ao bem público. Há que se conciliar, portanto, o interesse privado dos acionistas de exercerem por meio da companhia uma atividade lucrativa, que lhes dará o direito aos dividendos, com o interesse maior do corpo social, em uma harmonia que deverá se mostrar compatível com a gama de interesses em jogo.

O NCC não repetiu expressamente para a sociedade limitada a regra supra mencionada respeitante ao cumprimento de sua função social. No entanto, mesmo que em um determinado caso específico o contrato social de uma sociedade deste tipo não se remeta para a adoção das normas das companhias em caráter subsidiário, ainda assim remanesce a obrigatoriedade do atendimento da função social da propriedade, conceito que pode ser ampliado pela jurisprudência, entendendo-se que, sempre de alguma forma direta ou indireta, o exercício da atividade empresarial sempre afeta aquele direito. Considerados os limites deste trabalho, o tema em questão não será aqui desenvolvido.

A atuação do controlador com lealdade diante dos acionistas e de terceiros é um dos fundamentos do direito societário, cujo descumprimento pode chegar – no ponto de máxima inflexão – ao seu afastamento do quadro social por deliberação assemblear. A sociedade controlada não é um campo de manobras amplamente livre ao exercício do poder de controle.

O respeito que o controlador deve ter no exercício dessa posição dentro de uma

companhia inicia-se no plano interno (sócios minoritários e trabalhadores) e espalha-se para o âmbito externo, tendo como referência a comunidade dentro da qual a sociedade atua. Essa comunidade será restrita ou cada vez mais ampla, conforme a área de atuação geográfica da empresa exercida pela companhia. No direito brasileiro o limite geográfico máximo é dado pelo das fronteiras internas, onde se exerce a soberania nacional.

Veja-se que as relações do controlador com os terceiros acima nomeados não se dão em caráter pessoal, mas institucional. O controlador, como tal, não tem uma sala na sede da sociedade onde atenda as pessoas que o procuram para cobrar-lhe obediência à lei. Sua atuação se dará não diretamente, mas por meio da orientação que implementará aos órgãos da sociedade, que estão sob o seu controle (Conselho de Administração e Diretoria). E sua responsabilização ocorrerá no plano da Assembléia-Geral, que poderá tomar as medidas cabíveis contra ele, no caso de vir a quebrar seus deveres legais. Além disto, as pessoas prejudicadas pelo controlador por atos de abuso de poder de controle poderão intentar contra ele as medidas judiciais cabíveis buscando eventual indenização.

Observe-se que se o controlador ocupar ao mesmo tempo um ou mais cargos de administração (no Conselho de Administração e na Diretoria), ele estará sujeito a regimes jurídicos diversos, cada um com o seu tratamento próprio.

Quanto se trata de companhia aberta, o controlador está subordinado a um nível maior de exigências, entre as quais a obrigação de transparência, ou seja, deverá informar imediatamente as modificações em sua posição acionária à CVM e às Bolsas de Valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia em causa estejam admitidos à negociação, nas condições e na forma determinadas pela própria CVM.

A obrigação acima se estende aos acionistas ou grupo de acionistas que elegerem membro do Conselho de Administração ou do Conselho Fiscal.

1.2 A responsabilidade do controlador por abuso do poder de controle. Modalidades do exercício abusivo do poder (art. 117)

O controlador responde civilmente por atos de abuso de poder de controle, quanto aos danos eventualmente causados a sócios minoritários, trabalhadores e à comunidade dentro da qual a sociedade controlada atua. Esta responsabilidade dependerá de ação judicial na qual o abuso do poder de controle fique comprovado e a extensão da condenação dependerá, evidentemente, do tamanho do dano causado.

Esta responsabilidade não exclui a dos administradores que permitiram a prática de atos abusivos pelo controlador (ou que com ele foram conluídos), nem do Conselho Fiscal (se em funcionamento), por culpa ou dolo, na medida em que seus membros tenham falhado quanto à maneira pela qual a lei determina como devem exercer as suas funções.

Em abstrato, o abuso de poder de controle se caracteriza pelo desvio ou inação quanto à realização do objeto social, ou pelo descumprimento da função social da companhia.

A fim de facilitar a tarefa da verificação da presença de exercício abusivo de poder, o § 1º do art. 117 da LSA relaciona de forma exemplificativa as práticas mais comuns nesse campo, conforme abaixo. Outras situações de exercício abusivo de poder de controle serão encontradas na vida das companhias, eventualmente, dependendo sua caracterização como tal da demonstração de quem o alegue, tomando-se como parâmetro o conceito abstrato acima enunciado. Esta regra é aplicada às limitadas por

opção contratual ou por analogia, conforme o caso. Vejamos quais são as práticas selecionadas pelo legislador, em relação às quais não há discussão quanto à sua natureza ilícita:

- (a) *orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou nos acervos da companhia ou da economia nacional*

Evidentemente o exercício de uma atividade lesiva ao interesse nacional já representa em si mesmo um desvio do objeto social que, como tal não poderia ter sido sequer acatada pelo Registro do Comércio, no momento da constituição da sociedade, caso se caracterizasse como contrário à ordem pública (Lei 9.279/1996, art. 35, I).

No entanto, a questão da lesão ao interesse nacional pode apresentar-se em um momento superveniente ao nascimento da sociedade, na dependência de fatores circunstanciais. Suponha-se que, diante de uma crise política e econômica em relação a outro país, a sociedade, por determinação do seu controlador insista em efetuar exportações para empresas da nação *inimiga*. Esta orientação seria passível de enquadramento como lesiva ao interesse nacional, mesmo que não houvesse qualquer proibição legal expressa? E como ficaria a situação da sociedade em causa, se essa atividade corresponde ao seu objeto social? Neste caso, a interrupção dos seus negócios a pretexto do atendimento do interesse nacional poderá levá-la à quebra.

Verifica-se, portanto, que este caso de abuso de poder de controle apresenta uma configuração jurídica bastante problemática e de ocorrência fática altamente improvável.

(b) *favorecimento de terceira sociedade, em prejuízo da economia nacional*

No tocante ao favorecimento de terceira sociedade em prejuízo da economia nacional, é claro que tais operações somente são realizadas quando o controlador tem um ganho maior em outras sociedades, nas quais seu interesse é predominante. Os sujeitos passivos dos danos assim causados são os sócios minoritários, os trabalhadores e os investidores do mercado, conforme o caso. Esta última situação somente se apresenta quanto à companhia aberta.

Embora o dispositivo sob comentário haja omitido a referência, entende-se que entre os sujeitos passivos, prejudicados pela conduta ilícita do controlador (e, portanto titulares do direito de requerer indenização), está a comunidade na qual a sociedade em questão atua, uma vez que ela se submete ao comando genérico presente no parágrafo único do art. 116 da LSA.

(c) *promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia*

O ilícito tem em conta o dolo do controlador (expresso na fórmula “*que visem a causar prejuízo*”), consistente na mudança das regras estatutárias, no lançamento inoportuno de valores mobiliários ou na promoção de estratégias danosas aos sujeitos mencionados na alínea em referência, fazendo-se quanto a isso os mesmos comentários do tópico anterior. Como tais atitudes não seriam adotadas em caráter meramente gratuito (ou seja, tão-somente a intenção de causar prejuízo sem contrapartida), certamente na outra ponta de alguma forma elas viriam a favorecer o con-

trolador ou pessoas físicas ou jurídicas a ele ligadas.

Lembre-se que a menção a valores mobiliários sempre tem em conta uma companhia aberta.

(d) *eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente*

Considerando que a condição de controlador proporciona, justamente, o poder da eleição da maioria dos administradores e, também, dos conselheiros fiscais, o controlador tem responsabilidade no tocante às indicações efetuadas à Assembléia-geral e, evidentemente, por ele mesmo aprovadas. Apresenta-se, no caso, uma responsabilidade que vai além da *culpa in eligendo*. Isto porque, segundo o texto, ao eleger tais administradores ou fiscais, o controlador tem consciência clara no sentido de que eles não preenchem os requisitos de moralidade ou de conhecimento técnico para o exercício de suas funções na companhia.

A conduta do controlador, neste caso, equivaleria ao chamado *dolo preterintencional*, ou seja, ao eleger tais pessoas ele sabe perfeitamente que elas poderão se valer do cargo para a obtenção de vantagens indevidas ou que administrarão a companhia de forma tão inábil, que a levarão a experimentar prejuízos, assumindo conscientemente o risco em causa. Muitas vezes esse resultado não é colocado tão-somente no plano do risco, mas no da intenção efetiva de utilizar tais pessoas como cúmplices de planos destinados a prejudicar a sociedade. No caso de administradores sabidamente inaptos, a intenção do controlador poderá estar fundada na atribuição àqueles da responsabilidade pela quebra da empresa, por exemplo, fazendo deles a conhecida figura do *bode expiatório*. Evidentemente, nas situações sob exame, o controlador procurará demonstrar que não tinha conhecimento dos aspectos negativos das pessoas que ele elegeu.

(e) *induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela Assembléia-Geral*

Duas condutas interligadas encontram-se nas hipóteses acima.

Em primeiro lugar, o controlador, usando do seu poder de fato, induz ou tenta induzir administradores ou fiscais a praticarem atos ilegais ou a descumprirem suas obrigações perante a companhia, tomando-se como parâmetros de conduta as determinações legais e/ou estatutárias, tais como relacionadas nos arts. 153 a 157 da LSA, adiante examinados.

Observe-se, a propósito, que não se vislumbra a possibilidade de prejuízo causado à sociedade quando o administrador ou o conselheiro não aceita a imposição ilegal do controlador e o ato ou a omissão pretendida não se realiza, permanecendo-se tão-somente no campo da tentativa. Sem prejuízo não haveria responsabilidade no plano cível.

A experiência demonstra que dificilmente o controlador deixa de alcançar o seu intento ilícito em relação ao administrador porque este se vê diante de uma situação de iminente demissão *ad nutum*, com perda do seu *emprego*.⁴ Caso aquele administrador se negue a atender as pretensões do controlador renunciar ao cargo (antes de sua demissão) o controlador elegerá alguém por *encomenda*.

Além disso, poderá o administrador negar-se a atender o controlador e denunciar por escrito ao órgão competente as pressões indevidas às quais está sendo submetido. Esta atitude – não muito freqüente

na experiência prática – deveria levar a sociedade, naturalmente à convocação de uma AGE para apurar-se a responsabilidade do controlador por abuso de poder de controle e, em tese, poder-se-ia chegar até mesmo à sua exclusão do quadro social.

Quanto ao conselheiro fiscal, este tem um mandato fixo e não pode ser demitido *ad nutum* pelo controlador, tendo segurança para resistir às pressões e cumprir o seu dever de exercer as suas funções de forma regular e de denunciar o administrador por abuso de poder de controle.

O segundo ponto a examinar neste tema consiste na atitude que vem a ser tomada pelo controlador depois que os administradores e/ou os conselheiros fiscais praticaram atos comissivos ou omissivos em detrimento dos seus deveres e aquele utiliza o seu poder na Assembléia-Geral para o fim de ratificá-los e, assim, deles tirar a pecha de irregularidade que poderia levar à responsabilidade dos agentes. Esta é uma modalidade de abuso de poder de controle bastante comum na prática societária. Contra ela terão os acionistas minoritários os instrumentos previstos na lei, a fim de tornar ineficazes ratificações assim deliberadas.

Em relação a este ilícito, respondem solidariamente com o controlador o administrador ou o fiscal pelos prejuízos causados à companhia.

(f) *contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas*

Não está o controlador por si mesmo ou por meio de outra sociedade da qual faça parte ou em relação à qual tenha algum interesse econômico, de realizar negócios com a companhia. O que o legislador proíbe, considerando caso de abuso de poder de controle, são os negócios realizados em

4. O termo *emprego* aqui, que não corresponde à natureza de órgão da sociedade de que se reveste o cargo de administrador, objetiva demonstrar uma relação fática de subordinação.

favorecimento unilateral do controlador ou da sociedade cujos interesses venha a defender, negócios estes cujas economias não sejam as de mercado, de maneira a causar um favorecimento econômico indevido, em detrimento dos interesses da companhia que veio a ser usada.

Observe-se que, embora a lei mencione expressamente o termo *companhia*, aplicando-se a teoria geral do direito societário, o tipo acima também alcança a limitada.

(g) *aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denuncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade*

Dotado do poder de controle, que lhe assegura a maioria dos votos na Assembléia-Geral, o controlador tem plenas condições para a aprovação de contas irregulares dos administradores. Este procedimento resulta de favorecimento pessoal do controlador, a lhe ser outorgado de alguma forma pelo administrador.

Outro aspecto de abuso de poder de controle, também colocado dentro de uma teia de interesses escusos entrelaçados, diz respeito à não apuração de denuncia contra algum administrador, em relação à qual o controlador tem conhecimento de serem verdadeiros os fatos denunciados ou que apresente elementos suficientes de prova quanto à sua irregularidade.

O dever do controlador nestes casos é o de convocar uma AGE para a apuração da denúncia em tela, o que ele normalmente faz quando está sendo ludibriado pelo administrador, o qual esteja se aproveitando individualmente ou em conluio com outros administradores do seu cargo para lograr proveito pessoal indevido.

A falta de ação no sentido acima é demonstradora da existência de conluio entre o controlador e os administradores

acusados, caso em que os acionistas minoritários deverão tomar as providências cabíveis na defesa dos seus interesses.

(h) *subscrever ações, para os fins de aumento de capital da sociedade, com a realização em bens estranhos ao objeto da companhia*

Como se sabe os bens conferidos ao capital da sociedade deverão ser idôneos à realização do seu objeto social. Trata-se de obrigação intrínseca do subscritor e da proibição de recebê-los por parte da sociedade. Caso isto ocorra quando se trata do controlador, estamos diante de mais uma hipótese de abuso de poder de controle.

Em se tratando de limitada, o tipo sob exame dirá respeito à aquisição de quotas com a mesma finalidade.

Com a concessão da recuperação judicial, os direitos e obrigações do controlador passam a ser afetados concomitantemente pelo plano correspondente, situação a ser precisamente examinada neste trabalho quanto ao seu conteúdo e extensão. Antes de verificarmos esta condição, necessitamos verificar qual é o novo cenário jurídico no qual as atividades do controlador passam a desenvolver-se.

Para este efeito tenha-se em conta que a atuação do controlador se dá diretamente nas Assembléias-Gerais da sociedade e, indiretamente, por meio das orientações (melhor dizendo, na prática, *determinações*) que transmite aos administradores quanto ao exercício das funções deste, sob pena de afastá-los sem necessidade de justa causa. A única restrição para o controlador nesta área diz respeito ao administrador da sociedade limitada nomeado no contrato social caso em que sua destituição depende da aprovação de iniciativa em tal sentido pelos titulares de quotas correspondentes a dois terços, no mínimo, do capital social, salvo disposição contratual diversa (NCC, art. 1.063, § 1º).

1.3 O exercício da atividade dos administradores na sociedade "in bonis". Aspectos relevantes

Como é sabido, na sociedade *in bonis* incumbe aos administradores a sua gestão, conforme as competências legais e estatutárias ou contratuais dos órgãos em funcionamento (somente a Diretoria ou a Diretoria e Conselho de Administração).

Estão neste caso os administradores sujeitos aos deveres previstos na lei – fundamentalmente diligência, lealdade e informação, conforme os arts. 153 a 157 da LSA e art. 1.011 do NCC, este último dirigido à sociedade simples, mas aplicável à limitada por força do art. 1.053 do mesmo diploma legal – sob pena de poderem ser responsabilizados mediante indenização por perdas e danos causados à sociedade, além da perda do cargo.

Existindo somente a Diretoria, esta se subordina diretamente à Assembléia-Geral, na qual o controlador deverá atuar sem a prática de atos de abuso de poder de controle, obrigação cujo descumprimento, por sua vez, gera a responsabilidade legal correspondente. No caso do modelo dual, a Diretoria está subordinada ao Conselho de Administração e este se submete à Assembléia-Geral. Verifique-se, no entanto, que tal subordinação é vinculada às competências legais e estatutárias ou contratuais. Um órgão inferior não está obrigado a cumprir determinações ilegais ou contrárias ao estatuto ou ao contrato social. De outro lado, não existe conflito entre os órgãos societários, tendo em vista que suas competências são específicas e exclusivas, proibida a delegação de atribuições entre um e outro, conforme a regra do art. 139 da LSA, destinada diretamente aos órgãos de administração.

O tema deste trabalho consiste em verificar, precisamente, a possibilidade da existência de conflitos entre o controlador e os órgãos societários *normais* da sociedade e os órgãos que passam a funcionar

concomitantemente com os primeiros em vista da decretação de uma recuperação judicial.

2. Aspectos pertinentes da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LREF)

2.1 A vida da sociedade em recuperação judicial na LREF. Funções do Controlador e dos Administradores

Concedida a recuperação judicial nos termos do art. 58 da LREF, algumas modificações estruturais importantes ocorrem na sociedade que passa a funcionar sob tal regime, conforme abaixo esquematizado:

(a) O controlador permanece com a titularidade das ações ou quotas que lhe outorgam o *status* correspondente, mas agora sujeito a um novo regime de atuação;

(b) Permanecem em funcionamento os órgãos *normais* da sociedade até então existentes (Conselho de Administração – se for o caso –, Diretoria, Conselho Fiscal e conselhos estatutários);

(c) São instituído dois novos órgãos obrigatórios que funcionarão durante todo o processo de recuperação judicial, quais sejam o Administrador Judicial e a Assembléia de credores (arts. 21 e 35);

(d) São eventualmente instituídos dois novos órgãos não obrigatórios para o mesmo período, o Comitê de Credores e o Gestor Judicial (arts. 26, 64 e 65).

Durante a recuperação judicial o estatuto ou o contrato da sociedade no qual aquele regime se aplica, bem como os órgãos que a formavam passam a atuar de forma limitada e condicionado aos termos do plano de recuperação e à competência do Administrador Judicial, da Assembléia de credores e do Gestor Judicial, conforme o caso concreto.

Do ponto de vista dos órgãos de administração, sua competência, implicando direitos, deveres e responsabilidades, continua regida pela legislação pertinente (Lei

6.404/1976 ou NCC, neste último caso quanto à sociedade limitada). Assim sendo, mantém-se como obrigação dos administradores a realização do objeto social, condicionada aos termos e limites do plano de recuperação.

Quanto ao plano de recuperação em foco, o art. 53 da LREF estabelece que ele deverá conter (i) a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados, conforme as disposições do art. 50; (ii) a demonstração de sua viabilidade econômica; e (iii) laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou por empresa especializada.

As diversas possibilidades de construção do plano de recuperação judicial encontram-se enumeradas no art. 50, de forma meramente exemplificativa, podendo-se entender, inclusive, cabível a mudança direta do objeto social, a qual pode ser alcançada também por via reflexa nas hipóteses de cisão, incorporação e fusão.

De outro lado, a alteração do controle societário é uma das alternativas expressamente apresentadas pelo legislador dentre as referidas no art. 50 (inciso III). Mas isto depende de iniciativa do próprio controlador, via convocação de AGE na qual *solicitará* autorização para o ajuizamento do pedido de recuperação judicial, ocasião em que apresentará proposta de terceiro no sentido da aquisição do controle e os demais mecanismos que este terá em vista para o salvamento da empresa, inclusive pelo aporte de novos recursos via aumento do capital social.

Portanto, uma primeira conclusão parcial nos leva a entender que o controlador passará a observar nos termos do art. 116, parágrafo único da LSA, nesta ordem hierárquica, o plano de recuperação e o estatuto ou contrato social, sob pena de incidir em ato de abuso de poder de controle.

Os administradores, por sua vez, ficam igualmente vinculados ao cumprimento do

plano de recuperação judicial, continuando a aplicar o estatuto ou contrato social nos pontos não atacados pelo primeiro.

Quanto à Assembléia-Geral de credores, esta não tem atuação direta sobre a atividade social depois de aprovado o plano de recuperação judicial, a não ser que os administradores incitados ou não pelo controlador tomem qualquer medida contrária aos interesses dos seus membros. Neste caso, tal órgão deverá instalar-se extraordinariamente para tomar as medidas adequadas, seja por convocação do juiz, seja por auto-convocação, na forma do art. 36 da LREF, *caput* e § 2º).

Lembre-se que a Assembléia-Geral de credores poderá deliberar sobre a convalidação da recuperação judicial em falência no caso do descumprimento de obrigações do plano respectivo. Já tivemos a oportunidade de nos manifestar a respeito da exegese da expressão “*descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação*”, havendo opinado que a interpretação deve ser restrita, ou seja, descumprimento de obrigação que apresente efeitos sensíveis sobre a efetivação do plano de recuperação, essencialmente prejudicado pela sociedade por ato dos seus administradores. Obrigações que podem ser classificadas de fato como *accessórias* ao plano de recuperação não devem dar base à convalidação da recuperação judicial em falência, considerando que podem ser sanadas sem maiores dificuldades e sem causar prejuízos efetivos àquele plano.⁵

Acrescente-se, ainda, que a Assembléia-Geral de credores poderá deliberar sobre a constituição do Comitê de Credores (LREF, art. 35, I, b). Na recuperação judicial este órgão não tem qualquer função relacionada com a atividade social cabendo-lhe fundamentalmente fiscalizar a

5. In *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, coord. de Francisco Satiro de Souza Júnior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, p. 171.

atuação dos administradores e a execução do plano correspondente (LREF, art. 27, II, *a* e *b*).

O administrador judicial também não exerce qualquer função ligada à vida diuturna da sociedade, exercendo um papel semelhante ao do comissário da antiga concordata (LREF, art. 22). Sua função essencial na recuperação judicial é a de fiscalizar a atuação do devedor (administradores) e o cumprimento do plano de recuperação (art. 22, II, *a*).

2.2 A nomeação de um gestor judicial

No plano da condução dos negócios sociais, a regra geral é a da manutenção dos administradores da sociedade em recuperação judicial, tal como ocorria na concordata (LREF, art. 64).

Apenas nos casos expressamente mencionados na lei em *numerus clausus* é que se dará o afastamento dos administradores da sociedade em recuperação judicial (LREF, art. 64, itens I a VI). Presente alguma das circunstâncias enumeradas nos itens retro mencionados, o juiz destituirá os administradores e nomeará um gestor judicial, que assumirá a administração das atividades da sociedade sob recuperação judicial, sendo-lhe aplicáveis, no que couber, todas as normas sobre deveres, impedimentos e remuneração do administrador judicial. A diferença está no fato de que o gestor judicial passará a conduzir a atividade empresarial da sociedade em causa, cabendo-lhe batalhar para que o plano de recuperação judicial seja bem sucedido, tal como houvera sido aprovado anteriormente.

3. A questão da “destituição” do controlador.

**A interpretação do termo “devedor” como sinônimo de “controlador”.
Considerações críticas nos planos dos direitos nacional e comparado**

Esta situação é aventada como fruto de uma interpretação peculiar apresentada

por Eduardo Munhoz em comentários aos arts. 64 e 65 da LREF.⁶ Desde já adiantando que não concordamos com a interpretação em causa, vejamos quais os fundamentos adotados pelo autor citado, a fim de podermos refutá-los com os argumentos pertinentes.

A fim de melhor situarmos as discussões, é importante reproduzirmos os textos dos mencionados dispositivos, bastando, quanto ao art. 64 o seu *caput* e o parágrafo único:

Art. 64. Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial, salvo se qualquer deles:

(...).

Parágrafo único. Verificando-se qualquer das hipóteses do *caput* deste artigo, o juiz destituirá o administrador judicial, que será substituído na forma prevista nos atos constitutivos do devedor ou do plano de recuperação judicial (destaques nossos).

Em seguida o texto traz algumas situações específicas dentro das quais se dará o afastamento do devedor ou de seus administradores, que não nos interessa examinar.

Art. 65. Quando do afastamento do devedor, nas hipóteses previstas no art. 64 desta Lei, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a administração das atividades do devedor, aplicando-se-lhe, no que couber, todas as normas sobre deveres, impedimentos e remuneração do administrador judicial.

§ 1º. O administrador judicial exercerá as funções de gestor enquanto a assembléia-geral não deliberar sobre a escolha deste.

6. Idem, pp. 270 a 313, especialmente as pp. 301 e 302.

§ 2º. Na hipótese de o gestor indicado pela assembléia-geral de credores recusar ou estar impedido de aceitar o encargo para gerir os negócios do devedor, o juiz convocará, no prazo de 72 (setenta e duas horas), contado da recusa ou da declaração do impedimento nos autos, nova assembléia-geral, aplicado o disposto no § 1º deste artigo.

De acordo com o autor citado, a interpretação literal do art. 64 da LREF apresentaria três possibilidades sobre o entendimento do termo *devedor*: (i) no caso de empresário individual, seria a pessoa natural que exerce o negócio; (ii) no caso das sociedades de responsabilidade ilimitada, devedores seriam a própria sociedade e os sócios ilimitadamente responsáveis; e (iii) tratando-se de sociedades de responsabilidade limitada personificadas, o termo estaria referido à própria sociedade e não aos seus sócios.

Nos termos acima, entende Eduardo Munhoz que a melhor interpretação do termo *devedor* nos arts. 64 e 65 da LREF, tendo em vista as sociedades personificadas de responsabilidade limitada (a própria sociedade limitada e a companhia, como se sabe), corresponderia à de *sócio controlador*.

Aplicando, portanto, o termo *devedor* como sinônimo de *controlador*, o autor em foco entende que a lei brasileira teria sido “*tímida no tratamento das hipóteses de afastamento do devedor e seus administradores, o que poderia resultar em altos custos de transação, em excessivos desvios da ‘absolute priority rule’ e na inviabilização da aprovação de planos de recuperação que, embora contem com o esmagador apoio dos credores e venham de encontro ao interesse social, serão rejeitados pela discordância do devedor (leia-se controlador), nos termos do § 3º do art. 56*”.⁷

Data máxima vênia, não concordamos com a interpretação do ilustre autor acima

citado, conforme se procurará demonstrar abaixo.

Em primeiro lugar, atente-se cuidadosamente para os termos da lei. No *caput* do art. 64 ela faz referência ao “*devedor ou seus administradores*”, os quais poderão ser afastados se incidirem em alguma das hipóteses previstas nos incisos do dispositivo em questão.

Se nós pudéssemos entender que *devedor* significa *controlador*, então deveríamos aceitar que este, como tal, teria sob sua tutela *administradores*, todos eles sujeitos a afastamento nos termos da lei. Ora, o conceito de controlador puro (que não exerce concomitantemente a atividade de administrador) é dado pelo art. 116 da LSA. Assim sendo, tratando-se de controlador pessoa natural ou grupo de pessoas naturais vinculadas por acordo de voto, este como tal não teria *administradores*, uma vez que esta possibilidade não se apresenta no modelo societário brasileiro. Pode ocorrer, como se sabe, que o controlador eleja os administradores da sociedade por ele controlada (conselheiros de administração e diretores), mas, segundo a teoria organicista, a administração da sociedade está subordinada à Assembléia-Geral ou, no caso do modelo dual, a diretoria está subordinada ao conselho de administração, nos termos acima mencionados.

Mas em nenhum caso pode-se dizer que o *devedor (controlador)* possua ou muito menos seja *dono* de administradores, sob qualquer tipo de regime jurídico.

De outro lado, nos casos em que o controlador de uma sociedade em recuperação judicial seja, de sua parte, outra sociedade, os administradores da segunda igualmente não são posse ou propriedade do seu controlador, mostrando-se muito clara a separação ditada pela teoria organicista.

Desta forma, não há como se aceitar que o termo *devedor* apresente a conotação adotada por Eduardo Munhoz no texto sob exame, do que decorre, necessariamente, a

7. Ob. cit., pp. 306 e 307.

inadequação de suas conclusões ao tema do afastamento daquele ou *de seus administradores*.

Verifica-se que, à semelhança da lei atual, o legislador no regime do Decreto-lei 7.661/1945 ao utilizar o termo *devedor* desejava referir-se ora ao comerciante individual, ora à sociedade comercial em regime de falência ou de concordata.

Veja-se que o *caput* do art. 1^o da antiga Lei de Falências referia-se ao *comerciante* como o sujeito passivo da decretação da falência. E nos incisos I e II do § 1^o o termo *devedor* era aplicável tanto para o comerciante individual quanto para a sociedade comercial. Mas, logo em seguida, no inciso I do art. 3^o estaria tão-somente fazendo referência ao comerciante individual quando determinava que podia ser declarada a falência do *espólio do devedor comerciante*. Como se sabe, sociedades não deixam espólios.

No entanto, quando se examina particularmente o art. 64 da LREF entende-se sem qualquer sombra de dúvida que o termo *devedor* significa ali *empresário* (individual), e jamais sociedade empresária, sendo impossível assimilá-lo ao *controlador*.

Desta forma, o art. 64 estabelece, contrariamente à opinião de Eduardo Munhoz, que durante o procedimento de recuperação judicial, o *devedor* (*empresário individual*) ou os administradores da sociedade empresária estão submetidos à regra geral de sua permanência na gestão do estabelecimento comercial ou da sociedade comercial correspondentes, conforme o caso, somente podendo ser afastados nas condições legalmente expressas.

E, na medida em que o controlador permanece durante a recuperação judicial no regular exercício de suas atribuições (exclusivamente o uso do direito de voto nas Assembléias-Gerais), cujos limites vieram temporariamente a ser afetadas pelos termos do plano de recuperação aprovado, não se pode falar em seu afastamento. Afastados, conforme o caso, serão o *empresário*

ou os administradores da sociedade empresária que se encontrarem em uma das situações predeterminadas no art. 64 da LREF.

Suponhamos, no entanto, que o controlador viesse a abusar do seu direito de voto e, nas Assembléias-Gerais da sociedade em processo de recuperação judicial tivesse aprovado deliberações contrárias ao plano aprovado e/ou ao próprio estatuto da sociedade. Qual seria o remédio jurídico para tal situação?

Inicialmente, quanto ao administrador judicial, a competência que a LREF lhe atribui no art. 22, embora envolva "*outros deveres*" nela previstos, não encerra nos seus incisos qualquer providência que possa tomar diretamente contra o controlador de má-fé. Entre as alternativas possíveis, poderá o administrador judicial requerer ao juiz a convocação da Assembléia-Geral de credores para que seja ouvida sobre tal circunstância (inciso I, alínea *g*). Entrevê-se, além disto, a faculdade de vir a requerer a falência da sociedade em recuperação judicial caso entenda descumprida alguma obrigação assumida no plano correspondente, tendo em vista as decisões contrárias àquelas que o controlador haja determinado em assembléias-gerais da sociedade (inciso II, alínea *b*).

Do lado do Comitê de Credores, se em funcionamento, o art. 27 da LREF, no campo que nos interessa examinar, lhe dá competência para zelar pelo bom andamento do processo de recuperação judicial e pelo cumprimento da lei, podendo requerer ao juiz a convocação da Assembléia-Geral de credores e fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial. Nenhuma destas medidas tem a ver diretamente com a atuação abusiva do controlador.

A inocuidade da Assembléia-Geral de credores no exame ora feito fica demonstrada pela competência que a LREF lhe determina no seu art. 35, exceto, por interpretação extensiva, quanto à deliberação que possa tomar em relação à rejeição ou à modificação do plano de recuperação que

tenha sido objeto de reunião da Assembléia-Geral da sociedade sob orientação indevida do controlador (não nos referimos aqui à Assembléia-Geral de credores, mas ao órgão societário *normal*). Neste caso, a decisão da mencionada assembléia poderia ser anulada pelo juiz se entender que teria o órgão exorbitado de sua competência, a qual veio a ser modificada por via transversa pela indevida intromissão do controlador no plano de recuperação judicial (inciso I, alínea b).

Outra competência indireta da atuação da Assembléia-Geral de credores residiria na sua convocação para deliberar sobre “qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores”, tomando por base a atuação abusiva do controlador em tal sentido (art. 35, inciso II, alínea f).

De sua parte, o juiz de um processo de recuperação judicial encontra-se limitado em relação às deliberações da Assembléia-Geral de sócios, em vista de não haver a legislação tratado do tema. Se, por exemplo, o administrador judicial acumulou-se ou foi cooptado pelo controlador, o juiz poderá afastá-lo do cargo e esperar que o substituto tome contra o controlador as medidas adequadas, dentro da competência a ele atribuída pela LREF sob pena de outro afastamento. Mas não tem o juiz poderes para excluir o controlador ou, até mesmo, para anular ou declarar nulas as deliberações da Assembléia-Geral de sócios que tenham contrariado o plano de recuperação judicial de forma específica ou pontual.

Reforce-se a noção de que, quanto ao afastamento direto do controlador como tal (que implicaria na *desapropriação privada de suas ações*) não se vê base legal para medida desta natureza, tanto no plano da LREF, quanto em relação às hipóteses de perda da propriedade previstas no Código Civil ou na Constituição Federal.

Mesmo que a deliberação da Assembléia-Geral de sócios tenha sido adotada em situação de conflito de interesses por parte

do controlador, ainda assim a competência para opor-se a ela em juízo é dada pela legislação societária e não pela LREF.

Evidentemente, entre os meios de recuperação encontra-se no art. 50, III, a alteração do controle societário. Mas esta medida deve partir da própria sociedade que apresenta o plano de recuperação, por meio de deliberação que tenha sido aprovada em Assembléia-Geral Extraordinária, na qual o controlador a sugere e faz aprovar, tendo em vista que ele reconhece não ter condições, inclusive financeiras, para aportar os necessários recursos para que a sociedade venha a ser salva.

3.1 A solução da lei espanhola

Inicialmente verifique-se que o art. 1.1 da nova Lei concursal espanhola 22/2003, de 9 de julho, reconhece que o devedor pode ser pessoa física ou jurídica. Neste último caso, tratando-se de uma sociedade, ela tem, naturalmente, os seus órgãos e é comandada por um controlador.

O art. 40.1 da lei acima citada estabelece que, no caso do *concurso voluntário* (semelhante à nossa recuperação judicial), o devedor conservará o direito de administração e disposição do seu patrimônio, submetido à intervenção do administrador concursal mediante autorização ou conformidade.

De outra parte, o n. 7 do mesmo dispositivo acima citado disciplina a tutela dos atos do devedor que infrinjam as limitações nele presentes. Neste caso, os atos em causa somente poderão ser anulados no plano da administração concursal quando esta não os houver convalidado ou confirmado. Para tal efeito, qualquer credor e quem haja sido parte da relação afetada pela infração poderá requerer da administração concursal que se pronuncie acerca do exercício da ação judicial correspondente ou da convalidação ou conformação do ato. A ação vertente tramitará na categoria de incidente concursal.

A leitura a contrário senso da regra do direito espanhol acima examinada permite entender que haja a possibilidade dos administradores da sociedade em *concurso voluntário* na falta de convalidação ou confirmação dos atos praticados por aqueles. No caso do controlador, não se percebe a possibilidade de sua exclusão, mas, pelo menos, no próprio processo do *concurso voluntário*, poderia ser declarada nula ou anulada pelo juiz a deliberação da Assembléia-Geral da sociedade que deliberou contra os interesses do plano de recuperação em obediência à orientação daquele.

Como se verifica, o legislador brasileiro tinha diante de si um parâmetro no direito comparado para não permitir, ao menos, a presença desta lamentável lacuna na LREF.

3.2 O direito português

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) foi objeto em Portugal do Decreto-lei 53.2004, de 18 de março. Nesse direito, nos termos da Exposição de Motivos da lei em causa, “deu-se a supressão da dicotomia recuperação/falência, a par da configuração da situação de insolvência como pressuposto objetivo único do processo, torna também aconselhável a mudança de designação do processo, que é agora a de ‘processo de insolvência’. A insolvência não se confunde com a ‘falência’, tal como atualmente entendida, dado que a impossibilidade de cumprir obrigações vencidas, em que a primeira noção fundamentalmente consiste, não implica a inviabilidade econômica da empresa ou a irrecuperabilidade financeira postuladas pela segunda”. Assim, a insolvência torna-se gênero do qual os institutos da falência e da recuperação da empresa são espécies.

Cuidando dos sujeitos passivos da declaração de insolvência o art. 1º estabelece que pode tratar-se de pessoas singulares ou coletivas, entre as quais as sociedades comerciais, com as exceções ali expressamente indicadas.

A lei em foco prevê a nomeação de um administrador judicial provisório e do administrador da insolvência (art. 31). A regra geral é no sentido de que o administrador provisório tem competência apenas para assistir o devedor na administração do seu patrimônio, observando-se que o juiz tem a prerrogativa de fixar deveres e competências daquele, de forma genérica ou específica (art. 32). Ao administrador podem ser atribuídos poderes exclusivos de administração do patrimônio do devedor, cabendo-lhe zelar pela manutenção e administração de tal patrimônio, bem como pela continuidade da exploração da empresa, a não ser que se considere ser mais vantajosa para os interesses dos credores a suspensão da atividade, na dependência de autorização do juiz.

De acordo com o art. 53, os credores podem eleger outra pessoa que não o mesmo administrador judicial provisório para a função de administrador da insolvência. Neste sentido, dispõe o mesmo dispositivo que incumbe ao administrador da insolvência, além de outras tarefas que lhe sejam cometidas, (i) preparar o pagamento das dívidas do insolvente à custa das quantias em dinheiro existentes na massa insolvente, designadamente das que constituem produto da alienação, que lhe incumbe promover, dos bens que a integram; e (ii) prover, no entretanto, à conservação e frutificação dos direitos do insolvente e à continuação da exploração da empresa, se for o caso, evitando quanto possível o agravamento da sua situação econômica.

Do seu lado, segundo o art. 68, compete à Comissão de Credores, a par de outras tarefas não que lhe sejam especialmente cometidas, fiscalizar a atividade do administrador da insolvência e prestar-lhe colaboração. Considerando-se que este órgão é eventual no processo de insolvência, a competência que lhe é atribuída reside naturalmente na Assembléia de credores.

Dispõe o art. 198 do CIRE que, sendo o devedor uma sociedade comercial, o plano de insolvência pode ser condicionado à

adoção e execução, pelos órgãos sociais competentes, de medidas que não consubstanciem meros atos de disposição do patrimônio societário. Além disto, porém, ser adotados pelo próprio plano de insolvência:

(i) Uma redução do capital social para cobertura de prejuízos, incluindo para zero ou outro montante inferior ao mínimo estabelecido na lei para o respectivo tipo de sociedade, desde que, neste caso, a redução seja acompanhada de aumento do capital para montante igual ou superior àquele mínimo;

(ii) Um aumento do capital social, em dinheiro ou em espécie, a subscrever por terceiros ou por credores, nomeadamente mediante a conversão de créditos em participações sociais, com ou sem respeito pelo direito de preferência dos sócios legal ou estatutariamente previsto;

(iii) A alteração dos estatutos da sociedade;

(iv) A transformação da sociedade noutra de tipo distinto;

(v) A alteração dos órgãos sociais;

(vi) A exclusão de todos os sócios, tratando-se de sociedade em nome coletivo ou em comandita simples, acompanhada da admissão de novos sócios; e

(vii) A exclusão dos sócios comanditados acompanhada da redução do capital a zero nos termos da alínea a), tratando-se de sociedade em comandita por ações.

Observe-se, inicialmente no dispositivo sob comentário, que o termo *devedor* é genérico e não pode ser entendido como referido ao controlador, da mesma forma como mostramos em relação ao direito brasileiro. De outro lado, segundo se verifica, a demissão dos administradores e a exclusão do controlador não foram expressamente contempladas no texto lusitano, a não ser, quanto ao último caso, para os tipos de sociedades e de sócios mencionados acima. Fica a dúvida no sentido de se saber se a

relação acima seria taxativa ou meramente exemplificativa.

3.3 O direito norte-americano

O conhecido *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* do direito norte-americano trata do instituto equivalente à nossa recuperação judicial, no qual o interessado assume automaticamente a posição de *debtor in possession*, ou seja, o devedor que mantém a posse e o controle dos seus ativos normalmente sem a indicação de um *case trustee*. Esta qualidade perdurará até a confirmação do plano de reorganização, a extinção do feito ou sua convalidação em outro regime.

A Seção 1.107 do *Bankruptcy Code* coloca o devedor sob um regime de fidúcia, com os direitos e poderes do *trustee* tratado pelo Capítulo 11, do qual se requer o exercício de funções de investigação e os deveres de um *trustee*.

No sentido acima, sabendo-se que a figura do *trustee* não existe no direito brasileiro, podemos dizer que na recuperação judicial prevista naquele Código, o devedor passa a atuar fiduciariamente em favor dos credores como seu objetivo fundamental. Se o projeto der certo a partir de um plano efetivamente viável de recuperação e o devedor vier a conseguir retomar plenamente a sua empresa, então os acionistas serão beneficiados, especialmente o controlador. Na esteira do sucesso da recuperação, os antigos administradores que não tenham sido penalizados de alguma forma poderão manter os seus cargos.

Como se verifica, há uma diferença de perspectiva econômica e jurídica em relação ao devedor colocado na recuperação judicial como *trustee* em relação à sua própria empresa, não presente no direito brasileiro.

Conforme foi visto acima, existe, ainda, a possibilidade da adoção naquele ordenamento jurídico da figura do *U.S. trustee* ou *bankruptcy administrator*. Quando

nomeado ele exerce papel importante no acompanhamento do instituto equivalente à nossa recuperação judicial, supervisionando a atuação do devedor. Ao lado dos credores, ele tem competência para fiscalizar os atos praticados pelo devedor.

Caso o devedor falhe no cumprimento das determinações do *U.S. trustee* ou do juízo falimentar, não tomando as providências apropriadas ao processo, o primeiro tem o poder de tomar uma medida perante a corte objetivando a convalidação do feito em outro capítulo do *Bankruptcy Code* (providência que abortará a recuperação judicial) ou, no limite, a extinção do processo.

Mas, diante da estrutura do instituto do *trustee*, podemos afirmar que o papel do *U.S. trustee* vai bem mais além, cabendo-lhe poder substituir o devedor no desenvolvimento do plano de recuperação, tomando todas as providências necessárias, inclusive de natureza patrimonial ou até mesmo estrutural.⁸

No sentido acima, no limite, entende-se que o sistema do *Chapter 11* permitiria a substituição dos administradores e do controlador da sociedade devedora, diferentemente do que se pode entender a respeito do direito brasileiro. Isto não porque há no direito norte-americano um conceito extensivo da figura do controlador, mas por causa das particularidades daquele ordenamento jurídico.

Conclusão

O presente estudo não é conclusivo no sentido de apresentar soluções embrulhadas em papel de presente para os operadores do direito que atuam na área em questão. Aqui se procurou suscitar uma discus-

são que deverá servir para a identificação dos pontos de conflito entre o microsistema da recuperação da empresa e da falência e outros com os quais o primeiro vier a interagir especialmente aquele relacionado ao direito societário, objetivando o aprimoramento da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

Bibliografia

- BRUNET, André. "Propos critiques sur le projet de réforme du droit français de la faillite", in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 36/122.
- MACHADO, Nelson Marcondes. "A Assembléia-Geral de credores e seus conflitos com a Assembléia-Geral de acionistas", in MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo R. e SANTOS DE ARAGÃO, Leandro (coords.). *Direito Societário e a Nova Lei de Recuperação de Empresas*. São Paulo, Quartier Latin, 2006, pp. 148 e ss.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. In SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de, e MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo, Ed. RT, 2005, pp. 270 a 313, especialmente as pp. 301 e 302.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. "Pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência", in VALENTE DE PAIVA, Luiz Fernando (coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 63 e 62.
- _____, in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de, e MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo, Ed. RT, 2005, p. 171.

8. Informações colhidas no endereço <http://www.uscourts.gov/bankruptcycourts/bankruptcybasics/chapter11.html#claim>, em 13.1.2008.