

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SÃO PAULO
BIBLIOTECA

TEMAS DE DIREITO SOCIETÁRIO E EMPRESARIAL CONTEMPORÂNEOS

Liber Amicorum

Prof. Dr. ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA

Coordenação de

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

Alcides Tomasetti Jr. • Alfredo de Assis Gonçalves Neto
Aline de Menezes Santos Aragão • Amir Achcar Bocayuva Cunha
Antônio Carlos Malheiros • Arnaldo Malheiros Filho
Arthur Bardawil Penteado • Caetano Lagrasta Neto • Carlos Klein Zanini
Daniella Neves Reali Fragoso • Eduardo Secchi Munhoz
Erick Corvo • Erik Frederico Oioli • Evandro Fernandes de Pontes
Evy Cynthia Marques • Fábio Nusdeo • Flávio Luiz Yarshell
Francisco Antunes Maciel Müssnich • Francisco Satiro
Gilberto Morelli Andrade • Gustavo Akkerman • Herbert Wiedemann
João Pedro Barroso do Nascimento • José Alexandre Tavares Guerreiro
José Carlos Moreira Alves • José Ignácio Botelho de Mesquita
José Marcelo Martins Proença • José Virgílio Lopes Enei
Julian Fonseca Peña Chediak • Luiz Antônio de Sampaio Campos
Luiz Gastão Paes de Barros Leães • Manoel de Queiroz Pereira Calças
Manoel Justino Bezerra Filho • Marcelo Fernandez Trindade
Marcelo Roberto Ferro • Marcelo Vieira von Adamek
Marco La Rosa de Almeida • Maria Eugênia Finkelstein
Maria Isabel de Almeida Alvarenga • Maria Isabel do Prado Bocater
Mauro Bardawil Penteado • Modesto Carvalhosa • Nelson Eizirik
Newton De Lucca • Otto Carlos Vieira Ritter von Adamek
Patrícia Barbi Costa • Paula A. Forgioni • Paulo Cezar Aragão
Paulo Fernando Campos Salles de Toledo • Paulo Salvador Frontini
Pedro Testa • Roberto Delmanto • Sérgio I. Eskenazi Pernidji
Sheila Christina Neder Cerezetti • Valdo Cestari de Rizzo • Walter Ceneviva

**MALHEIROS
EDITORES**

**TEMAS DE DIREITO SOCIETÁRIO E EMPRESARIAL
CONTEMPORÂNEOS**

© Coordenação de MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

| |
|-------------|
| LOCALIZAÇÃO |
| CS2 |
| E. 4 |
| P. 21 |
| N.º 24-2 |
| N.R. 37093 |

ISBN 978-85-392-0048-1

*Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br*

Composição
PC Editorial Ltda.

Capa
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

| |
|--------------------|
| CLASSIFICAÇÃO |
| 343.725 (81) (082) |
| A 173 x |

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
01.2011

ABUSO DO DIREITO DE VOTO DE CREDOR NA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES PREVISTA NOS ARTS. 35 A 46 DA LEI 11.101/2005

NEWTON DE LUCCA

1. Considerações introdutórias: a figura do abuso do direito e suas dificuldades dogmáticas. 2. O abuso do direito de voto na ordenação jurídica pátria. 3. O abuso do direito de voto na assembleia geral de credores. 4. Conclusões.

1. Considerações introdutórias: a figura do abuso do direito e suas dificuldades dogmáticas

Seja-me permitido iniciar este ligeiro e singelo artigo com uma noção básica – não isenta de críticas, talvez fosse escusado dizê-lo – da figura do *abuso do direito*, de resto bastante conhecida tanto na doutrina nacional quanto na alienígena, não obstante as inevitáveis variações conceituais de sempre: toda vez que o titular de um direito o exercita além dos limites da sua verdadeira função ocorre o chamado *abuso do direito*.

Se é verdade, como diria Canetti, que às vezes o mais difícil é redescobrir exatamente o que já se sabe, penso que a noção de “abuso do direito” não se acha suficientemente analisada no plano dogmático, carecendo de maior aprofundamento doutrinário entre nós. Se este não há de ser o momento adequado para fazê-lo, tendo em vista as acanhadas dimensões do presente artigo, penso ser necessário ao menos deixar assentado que a noção de “abuso do direito”, para mim, liga-se ao exercício *irregular* desse direito; vale dizer: há um direito prévio que pode evidentemente ser usado, mas desde que não ultrapasse os limites *funcionais* desse mesmo direito. Em outras palavras: o exercício do direito é regular quando não excede os limites de sua verdadeira função. Se extrapola esses limites, o *uso* do direito se convida em *abuso*, e passa a ser contrário ao Direito. É esse o sentido que será dado nesta ligeira tentativa de caracterização do que deva ser considerado *abuso do direito de voto* do credor na assembleia geral dos credores prevista nos arts 36 a 45 da Lei 11.101/2005, tal como estampado no título.

O grande crítico da expressão, como se sabe, foi Planiol, para quem: “Les jurisconsultes et les législateurs modernes ont au contraire une ten-

dance à considérer l'usage d'un droit comme pouvant devenir un abus, et par suite constituer une faute. Ils parlent volontiers de l'usage abusif des droits. Voyez notamment les thèses de MM. Bosc et Porcherot, l'article de M. Charmont, cités au n. 862 ci-dessus. Cette nouvelle doctrine repose tout entière sur un langage insuffisamment étudié; 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. Nier usage abusif des droits ce ne pas tenter de faire passer pour permis les actes dommageables très variés que la jurisprudence a réprimé; c'est seulement faire cette observation que tout acte abusif, par cela seul qu'il est illicite, n'est pas l'exercice d'un droit, et que le abus de droit ne constitue pas une catégorie juridique distincte de l'acte illicite. Il ne font donc pas dupe des mots: le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir 'usage abusif' d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peu pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au Droit". Ou, em livre tradução de minha parte do trecho que me parece mais significativo: "Os juristas e os legisladores modernos têm, ao contrário, uma tendência para considerar o uso de um direito como passível de convolar-se em abuso, constituindo, por conseguinte, uma culpa. Eles aludem, efetivamente, ao uso abusivo dos direitos. Vê-se notadamente nas teses dos Srs. Bosc e Porcherot, no artigo do Sr. Charmont, citados no n. 862, acima. Essa nova doutrina baseia-se numa linguagem insuficientemente estudada; sua fórmula 'uso abusivo de direitos' é uma logomaquia, pois, se uso de 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 (...)".¹

Como se percebe, portanto, as dificuldades sobre o tema já surgem quando, aprioristicamente, há que se enfrentar qual é essa noção de *abuso de direito*, extremamente controvertida tanto na doutrina quanto na jurisprudência, consoante se verá mais adiante.

2. O abuso do direito de voto na ordenação² jurídica pátria

Convém lamentar, desde logo, que a Lei 11.101/2005 é inteiramente omissa a respeito do abuso do direito de voto, não prevendo, por exemplo,

1. Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil Conforme au Programme Officiel des Facultés de Droit*, 8ª ed., Paris, LGDJ, 1921, pp. 280-281. Em linha com as observações do festejado civilista francês, é significativa a inclusão da regra do art. 187 do atual CC dentro no título reservado à disciplina dos "atos ilícitos", conforme será visto mais adiante.

2. Seja-me permitido o emprego da palavra "ordenação", no lugar de "ordenamento" – um injustificável italianismo, sem dúvida –, conforme venho assinalando em minhas obras e, mais recentemente, em *Da Ética Geral à Ética Empresarial*, São Paulo,

a anulação das deliberações tomadas em decorrência de voto conflitante. A mesma queixa é explicitamente feita pelo professor Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França – tão justamente homenageado na presente obra –, conforme se pode ver na seguinte passagem: “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 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. 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”.³

Fora ele mesmo quem, em anterior obra,⁴ em sede diversa do âmbito falimentar e recuperacional, assinalara que nas sociedades por ações o

Quartier Latin, 2009, p. 234, nota de rodapé 1, *in verbis*: “Contra a quase unanimidade da doutrina nacional, venho me utilizando, invariavelmente, da palavra ‘ordenação’ jurídica, de todo preferível, a meu ver, à palavra ‘ordenamento’ jurídico. Com efeito, ela parece mais consentânea com o idioma Português, não havendo razão para o emprego do italianismo, conforme já destacado pela autorizada voz do gramático Napoleão Mendes de Almeida. Afinal de contas, nós tivemos as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, e não Ordenamentos Afonsinos, Manuelinos e Filipinos (...)”.

3. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, “A assembleia geral de credores na nova Lei Falimentar”, *RDM* 138/79-80, São Paulo, Malheiros Editores, abril-junho/2005.

4. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, *Conflito de Interesses nas Assembleias de S/A*, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 63.

acionista tem o direito de votar; ao fazê-lo, porém, tem ele o *dever legal* de procurar a satisfação do interesse social. Com efeito, dispõe o art. 115 da Lei 6.404/1976:

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

“§ 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.

“(…).

“§ 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.”

Ao comentar tal artigo, diz o homenageado professor 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”.

Nessa ordem de ideias, parece razoável sustentar que uma situação semelhante ocorre com o credor que vota na assembleia geral o plano de recuperação. É claro 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 basta, portanto, que o credor tenha interesse em votar contra. É preciso que esse interesse seja legítimo, isto é, em consonância com a ordem jurídica vigente. Em termos práticos, é preciso que haja uma fundamentação legítima por parte do credor para que o plano de recuperação apresentado seja por ele rejeitado.

A par do preceito retromencionado da Lei Acionária, podemos encontrar, ainda, as seguintes disposições legais relativas, direta ou indiretamente, ao nosso tema. São elas:

Na Lei 8.884/1994, que, entre outras providências, dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica – alcunhada de “Lei Antitruste” –, cumpre destacar, em primeiro lugar, o art. 20 e seu inciso I, que assim dispõem: “Art. 20. 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; (...)”.

Veja-se, igualmente, o teor do art. 21 dessa mesma lei e do inciso V desse mesmo artigo: “Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...) V – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (...)”.

Não obstante o inteiro acerto da crítica feita a essa lei pelo eminente professor Calixto Salomão Filho⁵ no sentido de ela ter produzido um efeito paradoxalmente inverso ao desejado pelo legislador – o que nos parece indiscutível no plano da eficácia legislativa –, não se pode deixar de reconhecer que, pelo menos em princípio, estabeleceu ela, com todas as letras, constituir inequívoca infração da ordem econômica consistente em *criar dificuldades ao desenvolvimento de empresa concorrente*, sendo sob tal aspecto que importa analisar a ocorrência de um eventual abuso do direito de voto de um credor em assembleia geral. Parece incontroverso que um credor que rejeita plano de recuperação de uma empresa concorrente com o propósito precípua de eliminá-la do mercado, deixando claro que seu voto foi conflitante com seu interesse de simples credor, não está exercitando legitimamente o seu direito...

Veja-se, por derradeiro, a disposição constante do art. 187 do Código Civil de 2002: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao

5. No jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 20.8.2007, em artigo intitulado “Poder econômico”, p. A3, assim se expressou o citado professor Calixto Salomão Filho: “A não aplicação do controle estrutural pelos órgãos de defesa da concorrência – salvo raras exceções (a enorme maioria das concentrações entre empresas foi aprovada sem restrição expressiva) – fez com que o resultado da lei fosse, paradoxalmente, uma chancela estatal, inexistente até sua promulgação, de situações de elevadíssima concentração de poder. A constitucionalidade da posição jurídica de muitos monopólios ou oligopólios, em sua essência bastante discutível, passou a ser de difícil contestação após a aprovação do ato de concentração, por ter sido sua criação chancelada pelo órgão estatal encarregado da defesa da concorrência”.

exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.⁶

Tal artigo vem reforçar a ideia exposta nas linhas iniciais do presente estudo quando afirmei que o exercício do direito só pode ser considerado regular quando ele não excede os limites de sua verdadeira função. Corretamente, o dispositivo legal explicita tratar-se de limites estabelecidos pela finalidade econômica ou social, pela boa-fé ou, ainda, pelos bons costumes.

Ao comentá-lo, diz-nos a professora Maria Helena Diniz: “**Abuso de direito ou exercício irregular do direito:** O uso de um direito, poder ou coisa além do permitido ou extrapolando as limitações jurídicas, lesando alguém, traz como efeito o dever de indenizar. Realmente, sob a aparência de um ato legal ou lícito, esconde-se a ‘ilicitude’, ou, melhor, a antijuridicidade *sui generis* no resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes ou por desvio de finalidade socioeconômica para a qual o direito foi estabelecido”.⁷

Nossa jurisprudência, felizmente, também parece caminhar no mesmo sentido. Em acórdão de que foi relator o eminente Des. Sergio Cavalieri Filho foi consignado que: “O que efetivamente caracteriza o abuso do direito é o anormal exercício, assim entendido aquele que se afasta da ética, da boa-fé, da finalidade social ou econômica, do Direito, enfim, o que é exercido sem motivo legítimo. Também não basta para configurá-lo o fato de seu exercício causar dano a alguém, o que às vezes é inevitável”.⁸

Cumpriria indagar, portanto, se, à míngua de norma específica na Lei Falimentar e Recuperacional brasileira, se poderia invocar as normas retro-mencionadas, por recurso à analogia, verificando-se a figura de um eventual abuso de direito de voto por parte de credores ocorrido durante a realização da assembleia geral prevista nos arts. 35 a 46 da Lei 11.101/2005.

O recurso à analogia, como se sabe, é método bastante antigo utilizado pelo Direito, encontrando-se, exemplificativamente, entre os romanos com a parêmia *Ubi eadem ratio, ibi idem jus* (“onde existir o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito”), achando-se expressamente autorizado pelo art. 4º do Decreto-lei 4.657, de 4.9.1942, impropriamente designado de *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*,⁹ *in verbis*: “Quando a lei for

6. Cf., a propósito, o Enunciado 37 aprovado na *Jornada de Direito Civil* de 2002, do Conselho da Justiça Federal: “A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

7. Maria Helena Diniz, in Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.), *Código Civil Comentado*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 159.

8. ACi 26.519/2004, in *RF* 379/329.

9. Já tive a oportunidade de assinalar – primeiramente em “Prefácio” escrito à obra da professora Cláudia Lima Marques (*Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção*

omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”.

É certo que também no âmbito do processo civil pátrio a analogia é método de se proceder à integração legislativa. Dispõe o art. 126 de nosso CPC: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de Direito”.

E nossa jurisprudência – ainda que episodicamente – também reafirma a mesma ideia, consoante se pode ver, exemplificativamente, no REsp 176.473-SP, de que foi relator o Min. Luís Felipe Salomão, do qual pode ser

do Consumidor – Um Estudo dos Negócios Jurídicos de Consumo no Comércio Eletrônico, São Paulo, Ed. RT, 2004, pp. 14-15), e posteriormente na obra coletiva coordenada por Ricardo Luís Lorenzetti e Carlos Soto intitulada *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina* (t. I, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2007, pp. 554-555, nota 18) – a impropriedade de tal epígrafe, nos seguintes termos: “Esse texto, como se sabe, não obstante a sua designação, na verdade não disciplina questões de direito privado, e sim de direito público – tal é a natureza inquestionável dos seus artigos iniciais – ou, igualmente, de direito internacional privado (...). Trata-se de uma *lex legum*, de um *superdireito*, que não se vincula ao direito civil, mas a todos os outros ramos do Direito”. Os professores e magistrados Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, em sua vanguardeira obra intitulada *Novo Curso de Direito Civil* (vol. I, São Paulo, Saraiva, p. 59), esclarecem que: “Mais técnico seria, inclusive, se fosse denominada ‘Lei de Introdução às Leis’, sendo efetivamente uma regra de superdireito, aplicável a todos os ramos do ordenamento jurídico brasileiro, seja público ou privado”. A professora Maria Helena Diniz já houvera assinalado, com precisão (*Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 4), que: “Como se vê, engloba não só o direito civil, mas também os diversos ramos do direito privado e público, notadamente a seara do direito internacional privado. A Lei de Introdução é o estatuto de direito internacional privado; é uma norma cogente brasileira, por determinação legislativa da soberania nacional, aplicável a todas as leis”. Utiliza-se, igualmente, como vimos, a expressão “superdireito”, devida, segundo consta, a Zitelmann. Diz-nos, a propósito, Washington Luiz da Trindade (*O Superdireito nas Relações de Trabalho*, Salvador, Editora e Distribuidora de Livros Salvador, 1982, p. 15): “O termo deve-se a E. Zitelmann e tem sido assimilado a direito hermenêutico, como regra áurea de aplicação e de interpretação de textos legais ou de relações materiais de direito comum, manejada pelos órgãos realizadores do Direito”. Nunca será demais lembrar, a propósito, as considerações que já fizera nosso grande Teixeira de Freitas no famoso ofício por ele enviado, aos 20.9.1867, ao então Ministro e Secretário dos Negócios da Justiça, o conselheiro Martin Francisco Ribeiro de Andrada, *in verbis*: “Começam todos os Códigos Civis por uma introdução ou título preliminar sobre as leis em geral, sua publicação e aplicação. E, se tais disposições são extensivas às leis de todas as espécies, como negar que estão impropriamente em um dos códigos? Esta verdade foi reconhecida no seio da Comissão do nosso *Esboço de Código Civil*, e resulta da simples leitura do título preliminar desse *Esboço*”. Na mesma linha, o professor Valladão, tio-avô do nosso homenageado, designou o seu Anteprojeto de Reforma do Decreto-lei 4.657/1942 de “Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas” (*Material de Classe de Direito Internacional Privado*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980, p. 119).

destacado o seguinte: “Direito civil e sucessório – Aplicação da analogia como método integrativo – Testamento – Validade – Parentes de legatário que figuraram como testemunhas do ato de disposição – Interpretação do art. 1.650 do Código Civil. 1. Na hipótese, não há se falar em interpretação da lei, mas sim em integração mediante analogia, que, conforme ensina Vicente Ráo ‘consiste na aplicação dos princípios extraídos da norma existente a casos outros que não os expressamente contemplados, mas cuja diferença em relação a estes não seja essencial’ (*O Direito e a Vida dos Direitos*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1991, pp. 458-460)”¹⁰

Assim, sem embargo da erudita controvérsia doutrinária entre o que seja *analogia legis* e *analogia juris* e sobre o próprio fundamento da distinção entre ambas – sustentada por alguns e negada por outros –, o certo é que, para os destinos da presente discussão, inexistente razão axiológica que possa justificar o afastamento da aplicação do método analógico, tendo em conta a existência da extrema similitude das situações de conflito de interesses, se é que não se deva falar em verdadeira interpenetração ontológica das mesmas...

3. *O abuso do direito de voto na assembleia geral de credores*

Sobre a assembleia geral de credores na Lei de Recuperação e Falências assinalam, exemplificativamente, Paulo Cezar Aragão e Laura Bumachar: “(...) Na atual LRE, a assembleia geral de credores passa a ter um papel fundamental no processo de falência e de recuperação de empresa que se encontra em dificuldades financeiras. Pode-se dizer, inclusive, que o poder dos credores reunidos em assembleia quase se equipara àquele exercido pelo magistrado nos termos do Decreto-lei 7.661/1945. Assim é porque o magistrado, na maior parte das vezes, tem agora apenas a função de homologar a deliberação havida no conclave de credores, *embora possa, em ocasiões excepcionais, discriminadas em lei, e após constatar a presença das formalidades legais, contrariar a vontade do órgão colegiado no intuito de evitar que prevaleçam pressões de credores com interesses contrários à recuperação da empresa*”¹¹ (grifos meus).

Fiz questão de grifar a parte final de tão judiciosas considerações pois a afirmação inicial, *tout court*, de que haveria agora, para o magistrado, *apenas a função de homologar a deliberação havida no conclave de credores* poderia ensejar uma interpretação errática no sentido de se reservar ao Poder Judiciário função meramente secundária de carimbar a decisão tomada pela

10. J. 21.8.2008, v.u., DJU 1.9.2008.

11. Paulo Cezar Aragão e Laura Bumachar, artigo disponível em http://www.bmalaw.com.br/nova_internet/arquivos/Livro/In-ternacional.pdf (acesso em 16.4.2010).

assembleia de credores. Se a lei exige a homologação do juiz é exatamente para que ele não faça as vezes de inocente útil, como já teve a oportunidade de assinalar em outra oportunidade.¹²

Prosseguindo em seu raciocínio – dialeticamente oposto ao formulado no início da citação anterior –, continuam tais autores, agora com mais propriedade: “No entanto, no processo de análise das decisões tomadas na assembleia geral de credores, deve ainda o magistrado evitar que comportamentos oportunistas de determinados credores inviabilizem a recuperação da empresa ou impeçam o célere e correto andamento da falência. Com efeito, não obstante estejam todos os credores lutando por um objetivo comum, o interesse individual de alguns credores pode ocasionar um conflito de interesses, impedindo a real democratização da deliberação, tal como pretendido pelo legislador. Assim, apesar de o novo regime retirar do juiz parte do poder de intervenção na decisão concreta referente ao destino da empresa, fazendo com que a matéria passe a ter um enfoque econômico, em detrimento do processualismo exarcebado, a assembleia geral de credores continua sendo órgão deliberativo, e, justamente pelo fato de a deliberação depender de homologação judicial para produzir efeito, tal assembleia não possui poder decisório final, o qual continua, em última análise, cabendo ao magistrado diante dos conflitos que, inequivocadamente, surgirão nesse tipo de conclave”.

Na seqüência, assinalam que: “Ainda nesse particular, alguns doutrinadores, no exame da nova legislação falimentar, chegam a entender que o juiz não deve examinar sequer o conteúdo da deliberação que lhe é levada para homologação. Todavia, tal afirmativa não parece condizente com o pretendido pelo legislador, pois se assim fosse a decisão homologatória seria absolutamente desnecessária. O magistrado não só pode como deve examinar o conteúdo das deliberações tomadas na assembleia geral de credores e que lhe são levadas à apreciação, notadamente no que diz respeito ao plano de recuperação judicial, evitando dessa forma que tenha como ato jurídico eficaz um plano de recuperação judicial que, por exemplo, contenha disposições contrárias à ordem pública”.

Nada mais acertado, efetivamente. É mais que evidente que o interesse individual de um ou de alguns credores pode estar em conflito com o conjunto de interesses dos demais credores, os quais estão empenhados

12. Newton De Lucca, in Adalberto Simão Filho e Newton De Lucca (coords.), *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências* (obra coletiva), São Paulo, Quartier Latin, 2005 (“Parte I – Teoria Geral”), p. 33, onde afirmei: “Também aqui, a meu ver, a resposta deverá ser igualmente negativa. Não vejo como possa entender-se que o magistrado, convencido da inconsistência do plano, esteja obrigado a fazer o papel de inocente útil, referendando uma solução que, de antemão, sabe ser absolutamente inadequada (...)”.

no recebimento de seus créditos, e não na eliminação de um concorrente do mercado. Caberá ao magistrado impedir que a real democratização da deliberação – tal como foi concebida pelo legislador – seja conspurcada por interesses ilegítimos.

Tais autores arrematam, igualmente com propriedade, embora entrando em outra esfera de cogitações, que: “Por isto mesmo, sem nada conceder às críticas daqueles que não acreditam na assembleia como novo modelo de solução de conflitos, sob o fundamento de que o egoísmo dos credores impossibilitará a preservação da empresa, andou bem o legislador ao dar força à assembleia geral de credores, alterando positivamente os modelos de solução da crise das empresas e conferindo amplos poderes aos credores. Estes, doravante, terão nas mãos, sob o prudente arbítrio do Poder Judiciário, o destino da empresa que se encontrar em processo de insolvência, a exemplo do que ocorre nas legislações falimentares mais modernas do mundo”.

Restaria indagar, agora, como poderia ser considerado esse *prudente arbítrio do Poder Judiciário*, tão bem ressaltado pelos retrocitados autores. Existiria uma fórmula capaz de identificar *a priori* no que pode e deve consistir esse prudente arbítrio? Parece, em princípio, que só o exame dos casos concretos poderá revelar, com segurança, o que vem a ser o exercício da *prudência*, de que já nos falavam os romanos, sem embargo de procurarmos encontrar *no mundo da vida* alguns exemplos desse prudente arbítrio dos magistrados e dos tribunais...

Posso citar como paradigmatal a decisão da MM. Juíza de Direito da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da comarca da Capital de São Paulo, Dra. Renata Mota Maciel, no rumoroso caso da recuperação judicial da Varig Logística S/A, em 5.10.2009. A certa altura de seu *decisum*, escreve S. Exa.: “Diante desse quadro, entendo deva prevalecer o princípio da preservação da empresa, sobretudo pelo interesse social em jogo, com destaque para a manutenção do emprego, ao passo que o plano apresentado, com as alterações discutidas na assembleia (fls. 128-138 do Incidente n. 40), dispõe de maneira ampla sobre os projetos de reestruturação da companhia, com o pagamento dos credores de acordo com cronograma minuciosamente estabelecido, ressaltando-se a ampla discussão travada com seus credores ao longo das assembleias, e que deixou à mostra a viabilidade do plano, com base em resultados operacionais e observado o fluxo de caixa real e o projetado”.¹³

Outro julgado que há de merecer idêntico destaque, sem dúvida, é aquele proferido pelo magistrado Sóstenes Alex Costa de Andrade, Juiz de

13. Embora com fundamentação diversa da que foi desenvolvida pela Magistrada, tal decisão veio a ser confirmada pela Câmara Reservada de Falências e Recuperações Judiciais do Estado de São Paulo no AI 994.09.273364-3, julgado em 1.6.2010.

Direito da Vara do 1º Ofício de Coruripe/AL, no Processo 042.08.000707-6, no qual S. Exa. deixou consignado: “Faz-se imprescindível uma análise cautelosa acerca da farta documentação apresentada, vez que o pleito somente pode ser deferido caso haja profundidade e firmeza no conteúdo probatório. Assim, o que precisa estar demonstrado, inequivocamente, são dois fatos: o primeiro, a efetivação de algum ato, por parte de tais credores, que demonstre abuso ou ilegalidade capaz de torná-lo prejudicial aos interesses visados pela lei; o segundo fato, a evidência, inequívoca, de que tais atos – de fato – podem, *de forma concreta*, levar à não continuidade da empresa por motivos espúrios e vis. É sobre esse enfoque que serão analisados os argumentos apresentados”.

Em outra passagem dessa mesma decisão percebe-se, claramente, a preocupação com a prevalência da norma principiológica da Lei 11.101/2005, constante do art. 47 desse mesmo diploma legal, sobre as regras que disciplinam o *quorum* de deliberação das assembleias gerais de credores, consoante se percebe pelo seguinte trecho: “Convenço-me de que permitir que haja uma votação em pé de igualdade entre os credores que realmente pretendem o binômio *recebimento de crédito mais recuperação da fonte produtora* e credores que demonstrem, *abertamente*, nenhum compromisso social com o conteúdo do art. 47 da lei parece-nos, no mínimo, injusto. 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*, tem como *princípio a continuidade da empresa*. *Essa é a questão a ser enfrentada: qual o dano maior (...)*. Entendo que quando a Lei n. 11.101/2005 quis garantir ao credor o direito de decidir sobre o plano de recuperação da empresa, indubitavelmente, não contemplou que 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: (...)”.

Moacyr Lobato de Campos Filho, no mesmo diapasão, apregoa que: “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’ judi-

cial 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 dos limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes pelo titular do direito de voto”.¹⁴

Adalberto Simão Filho, ao tratar do tema “Interesses transindividuais dos credores nas assembleias gerais e sistemas de aprovação do plano de recuperação judicial”, também chamou a atenção para o problema, fazendo-o nos seguintes termos: “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 *quorum*, 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 art. 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 natureza que podem efetivamente ocorrer, dada a forma como será tomada a deliberação acerca do plano”.¹⁵

Sobre o controle judicial da deliberação da assembleia geral de credores – ao contrário do pensamento de alguns, que imaginaram um papel inteiramente secundário do magistrado na homologação, ou não, do plano aprovado ou rejeitado pela assembleia geral dos credores, afirma o professor Jorge Lobo: “O juízo da ação de recuperação judicial deve exercer, *sempre, necessária e obrigatoriamente*: (1ª) o controle da legalidade formal, quando examinará questões, por exemplo, como: (a) legitimidade ativa (arts. 1ª e 47); (b) preenchimento dos requisitos do art. 48; (c) atendimento das exigências sobre convocação, instalação e deliberação da assembleia geral de credores (art. 36 a 45); (d) observância das formalidades legais referentes à publicação de editais; e, outrossim, (2ª) *o controle de legalidade material ou substancial, em que verificará se houve, por exemplo: (a) fraude à lei ou abuso de direito, quer por parte do devedor, quer dos credores;*

14. Moacyr Lobato de Campos Filho, *Falência e Recuperação Judicial*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 145.

15. Adalberto Simão Filho, in Newton De Lucca (coord.), *Direito Recuperacional* (obra coletiva), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 59.

(b) *acordos contrários à lei, à moral, aos bons costumes, à boa-fé objetiva, ao interesse público etc.* Incumbe-lhe, ademais, dependendo do caso concreto, exercer controle de mérito, tanto do plano de recuperação quanto da decisão da assembleia geral de credores, como, por exemplo, quando: (a) a deliberação for por maioria e os dissidentes hajam deduzido objeções e votos divergentes; (b) a deliberação for contrária à aprovação do plano e o devedor haja apresentado defesa e postulado a anulação do conclave por fraude à lei, abuso de direito, preterição de formalidade essencial etc.”¹⁶ (grifos meus)

Claro está, de outro lado, que não se há de esquecer da advertência do professor Fábio Ulhoa Coelho no sentido que: “Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as *más* empresas devem falir para que as *boas* não se prejudiquem. 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 (Lynn Lo Pucki, *apud* Jordan-Warren, 1985:657)”.¹⁷ Mas é esse mesmo professor que, muito justamente, também pondera que “no emaranhado dessa complexa trama de interesses por vezes é preciso identificar a solução que melhor atende ao conjunto de credores”, concluindo que as questões mais complexas relativas à recuperação judicial dizem respeito exatamente à assembleia geral de credores.

Já Ascarelli assinalara, na sua insuperável *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, a importância do crédito na formação da economia moderna. Ninguém porá em dúvida que uma Lei Falimentar moderna e eficiente deverá proteger não apenas a sobrevivência da empresa como atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e de serviços, como também a distribuição ótima do crédito disponível, de molde a que o processo de geração efetiva de riquezas se faça sem percalços que obstaculizem o dinamismo da economia. Nesse sentido, torna-se evidente ser necessário garantir ao mutuante do crédito certo grau de segurança – o que não significa dizer segurança *absoluta* – em relação à recuperação do crédito oferecido.

16. Jorge Lobo, in Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 154.

17. Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*, 7ª ed., vol. 3, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 233-234.

Mais que nunca torna-se imperiosa a noção de *equilíbrio* entre, de um lado, favorecer a manutenção da unidade produtiva, aceitando-se como naturais os revezes empresariais, e, de outro, proporcionar aos mutuantes a provável satisfação de seus créditos, de maneira tal que os conduza a sempre recolocá-los em circulação em benefício de toda a coletividade.

O professor Ecio Perin Jr., em artigo intitulado “A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar brasileira (Lei 11.101/2005). Uma abordagem zetética”, extraído de sua tese de Doutorado defendida em julho/2006 na PUC/SP, faz as seguintes ponderações a respeito: “Deve-se, portanto, encontrar uma fórmula para que o crédito possa ser eficientemente disponibilizado com a necessária segurança, fazendo com que o detentor do capital seja seduzido a colocá-lo em circulação também com a certeza de contar com formas eficazes de recuperação em caso de inadimplência do tomador. A segurança que favorece o credor da mesma forma beneficia o devedor de boa-fé, que, nesta circunstância, conta com mais oferta de crédito, numa espiral de virtuosidade econômica. Não se pode, contudo, afirmar categoricamente que a segurança na recuperação do crédito seja fator determinante do custo de obtenção de recursos (dinheiro), uma vez que depende de uma complexidade de fatores econômicos, políticos e sociais, que não conseguiremos analisá-los integralmente nos limites deste trabalho”.¹⁸

E, pouco mais adiante, afirma, com precisão: “Dessa forma, nesse mesmo diapasão em que deve ser protegido o ambiente propício à concessão do crédito, deve ser preservada a empresa. Nesse sentido, no nosso pensar, essa talvez seja uma das grandes, complexas e paradoxais tarefas daqueles que se dedicam à aplicação do direito falimentar: encontrar uma fórmula capaz de proteger a possibilidade de concessão de crédito, eliminando agentes econômicos que colocam esta verdadeira instituição em risco, e, na mesma medida, buscar preservar a empresa, sob o ponto de vista de sua dimensão social”.¹⁹

Não será esta a sede adequada para uma análise crítica da Lei 11.101/2005 no que se refere ao necessário equilíbrio retrorreferido. Trata-se de matéria extremamente polêmica. Já me pronunciei a respeito dela em ocasião anterior, logo após a edição do novo texto legal, no sentido de se ter outorgado maior atenção ao capital financeiro – sabidamente de natureza apátrida – que ao próprio braço do trabalhador brasileiro.

É absolutamente consabida por todos, por ocasião da tramitação do Projeto de Lei no Parlamento Nacional, a forte pressão exercida por organis-

18. Ecio Perin Jr., in *RDM* 142/167, São Paulo, Malheiros Editores, abril-junho/2006.

19. *Idem*, p. 168.

mos internacionais como o Banco Mundial e o FMI sobre os parlamentares brasileiros, os quais chegaram a declarar, consoante o noticiário dos jornais à época, que necessitavam aprovar celeremente a nova Lei Falimentar e Recuperacional tendo em vista os compromissos assumidos pelo Brasil com aqueles organismos...

Não é à toa que o magistrado e professor Manoel Justino Bezerra Filho – tal como pensam alguns autores – chegou, mesmo, a afirmar que: “(...) A nova Lei de Recuperação, antes de preocupar-se com a tentativa de salvação das empresas em crise, preocupa-se com a recuperação do crédito financeiro investido em tais empresas” – concluindo, a meu ver com inteiro acerto, que: “O exame de diversos artigos da lei mostra esta opção pelo capital financeiro, começando pelo § 3º do art. 49, que estabelece que os créditos relativos a alienação fiduciária de bens móveis e imóveis bem como os créditos decorrentes de contratos de arrendamento mercantil, entre outros, não estão sujeitos aos efeitos da recuperação. Também não se sujeitam aos efeitos da recuperação os valores devidos a título de adiantamento de contrato de câmbio, conforme previsto no inciso II do art. 86, combinado com o art. 4º deste mesmo art. 49”.

Conforme já anteriormente assinalado – a partir da oportuna observação feita pelo professor Erasmo Valladão no sentido de que uma das hipóteses mais recorrentes de vício do voto é aquele proferido em conflito de interesses –, a jurisprudência precisa estar atenta (e, felizmente, é o que tem ocorrido na maioria dos casos) para, com o cuidado necessário, investigar em cada caso concreto quando esse conflito está presente – o que, evidentemente, nem sempre é fácil...

4. Conclusões

Como já frisado, a jurisprudência está caminhando firme no sentido de investigar, caso a caso, com a prudência e o cuidado necessários, a eventual ocorrência de abuso do direito de voto por parte do credor em assembleia geral de credores, como será visto em seguida.

Jean Carlos Fernandes, em artigo publicado na *RDM* 141/169-184, menciona os princípios que devem enformar²⁰ a interpretação da Lei 11.101/2005, fazendo-o nos seguintes termos: “A aplicação dos princípios

20. Tenho me utilizado do verbo “enformar”, no lugar de “informar”, primeiramente em *Direito do Consumidor – Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo*, 1ª ed., São Paulo, Quartier Latin, 2003, p. 62, nota de rodapé 115, e posteriormente em *Da Ética Geral à Ética Empresarial*, cit., Parte III, nota de rodapé 7 – conforme segue:

“Volvo a repetir, *ad nauseam*, o emprego do verbo ‘enformar’ e não ‘informar’, como é absolutamente recorrente na literatura jurídica nacional, pelas razões já apresentadas em oportunidades anteriores, a seguir aduzidas.

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*

“Embora o verbo ‘informar’, no sentido da Filosofia Escolástica, seja o de dar forma a uma determinada matéria – matiz que corresponde exatamente ao que sempre pretendemos utilizar em nossos trabalhos jurídicos –, não é esse o sentido coloquial da palavra, denotativa de *dar ciência de algo* ou *instruir*. Permito-me, assim, continuar insistindo no emprego do verbo ‘enformar’, com ‘e’ inicial, no lugar de ‘informar’, com ‘i’, como é claramente preferido na literatura jurídica nacional. Reproduzo as considerações que já fiz anteriormente a propósito da matéria: ‘Alude-se na doutrina jurídica, de forma praticamente unânime, a princípios *informadores*, grafado este último vocábulo com a letra ‘i’. Mesmo em títulos de trabalhos publicados, de natureza acadêmica, já tive a ocasião de verificar essa preferência pela retroaludida grafia. Nelson Nery Jr., por exemplo (‘Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor’, *Revista de Direito do Consumidor* 3/50 e 51, setembro-dezembro/1992), classifica os princípios em ‘informativos’ e ‘fundamentais’, semelhantemente a Sperduti, que alude a princípios *científicos*, princípios *normativos* e princípios *informativos*. Quando me utilizo da expressão, no entanto, o faço com a letra ‘e’ pois entendo que os princípios – concebidos, sem embargo dos diferentes matizes existentes, em seu sentido filosófico, como ‘proposições diretoras de uma ciência às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado’ – não dão ‘informação’ de algo, mas antes dão *forma* (ó), isto é, *enformam*, no sentido de moldarem ou mesmo de construírem uma *forma* (ó) preparada para a produção de algo. Genaro Carrió afirmou (*Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª ed., 1990, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 209-212), com inteiro acerto, a existência de pelo menos sete focos de significação para o que possa ser considerado um princípio. Mas essa pluralidade de significados não desautoriza – antes, reforça – a conclusão de que, ao menos prevalecentemente, os princípios *enformam* em lugar de simplesmente *informarem*. Já Miriam de Almeida Souza (*A Política Legislativa do Consumidor no Direito Comparado*, Nova Alvorada Edições, 1996, pp. 21-22), após interessante citação de Henri de Page sobre o sentido da lei diante da vida, afirma, com acerto: ‘Coerente com essa lição do ilustre Professor belga, que enxerga no Direito um fim social a preencher e com a tendência predominante, segundo a qual o verdadeiro sentido de sua evolução é a proteção dos hipossuficientes econômicos e, em estágio mais evoluído, dos menos capacitados em geral, é que será analisada a política legislativa que *enformou* a estruturação dos Códigos de Defesa do Consumidor em diferentes sociedades em mudança’ (grifo nosso).”

Mais recentemente, parece que minha pregação vernacular recebeu a estimada adesão da professora Paula Forgioni (*O Direito Comercial Brasileiro: da Mercancia ao Mercado*, tese de titularidade, Faculdade de Direito da USP, cit., 2008), que se referiu, com propriedade, a regras que *enformam* – e não *informam* – a atuação dos agentes econômicos (p. 12), como a “princípios peculiares, *enformadores* da própria matéria” (p. 150).

contratos privados (dirigismo contratual), por razões de ordem política, social e econômica”²¹ (grifos meus).

Abstenho-me de maiores considerações sobre o tão propalado *princípio econômico da eficiência*, dado que está febre delirante de alguns, oriunda da famosa Escola de Chicago, já parece ter sido devidamente controlada e colocada em seus devidos termos por dois professores titulares da Faculdade de Direito da USP, Calixto Salomão Filho e Paula Andrea Forgioni.

O primeiro deles repudia a exagerada aplicação dessa construção – levada a extremos de forma axiologicamente cega por alguns –, nos seguintes termos: “Essa construção contém dois sérios equívocos: um conceitual, outro lógico. O equívoco conceitual está em pensar que, demonstrada a interdisciplinariedade entre Direito e Economia naquelas áreas em que o operador do Direito deve necessariamente levar em consideração as relações causais sugeridas pela teoria econômica, a aceitação das premissas teóricas utilizadas para desenvolver a teoria deva ser automática. Ou seja, o mesmo modelo teórico utilizado para explicar as relações causais deve ser utilizado para determiná-las, pois, uma vez aceita a veracidade das relações causais, a aceitação de pressupostos implica necessariamente concordância com os resultados. Tal pretensão claramente desconsidera o momento valorativo tanto da criação quanto da aplicação de qualquer norma jurídica, seja em matéria empresarial ou não.

“É, portanto, necessário restringir a análise econômica do Direito a um instrumento exclusivamente analítico, sem atribuir-lhe qualquer caráter valorativo.”²²

A segunda, em sua conhecida obra,²³ após mostrar que “a busca por segurança e previsibilidade jurídica acaba por constituir um perigoso incentivo para que o estudioso do antitruste caia na armadilha da Análise Econômica do Direito”, segundo a qual existiriam fórmulas prontas para resolver os casos concretos, após demonstrar, com apoio em Sullivan, que o antitruste não significa eficiência locativa, conclui, com precisão: “O Direito é fenômeno complexo que não pode ficar enclausurado nos limites da economia” – afirmando que menos ainda pode se prender aos limites da análise econômica voltada aos interesses do mercado. E, em artigo estampado na *Revista do TRF-3ª Região*, ensinou a referida professora: “Em conclusão, o

21. Jean Carlos Fernandes, “Reflexões sobre a nova Lei Falimentar: os efeitos da homologação do plano de recuperação extrajudicial”, RDM 141/182-183, São Paulo, Malheiros Editores, janeiro-março/2006.

22. Calixto Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 40.

23. Paula Andrea Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2005, pp. 179-180.

operador do Direito, ao se deparar com a AED e com seus postulados, não pode ser movido nem pela paranoia nem pela mistificação: a relação entre o método jurídico e o método juseconômico deve ser de complementaridade e não de substituição ou oposição. Na ausência da correta compreensão da AED, de duas, uma: ou será desprezado instrumental apto a dar concreção aos princípios de nosso ordenamento jurídico ou – o que é pior – a AED será tomada como remédio apto a solucionar todos os males, reduzindo o papel do Direito à simples reafirmação e legitimação dos determinismos econômicos. Será dada, assim, razão à advertência de Cairu: ‘os mesmos cordiais se podem converter em venenos, pela precipitação da receita, ou intemperança de quem os toma’²⁴.

Cabe examinar, então, o que vem a ser a *teoria do esforço compartilhado*, a que alude muito oportunamente o professor Jorge Lobo. Antes de explicá-lo, o referido professor formula os seguintes questionamentos: “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? 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 art. 5º, XVII, da CF, 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?”.

Prossegue, então, o eminente Professor com explicações irrespondíveis, que bem serviriam, igualmente, para aplacar os ânimos (ora um pouco mais contidos, após a crise econômica mundial que assolou o mundo em 2008) dos mais fervorosos defensores do princípio da eficiência econômica: “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 reestrutura-

24. Paula Andrea Forgioni, “Análise econômica do Direito: paranoia ou mistificação?”, *Revista do TRF-3ª Região* 77/35-61.

ção, 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”.

Nossa jurisprudência, como foi dito nas linhas preambulares deste item conclusivo, parece perfeitamente harmonizada com tais ensinamentos. Veja-se, exemplificativamente, o seguinte julgado, o qual faz referência a numerosos outros, todos com fundamentação idêntica ou semelhante à deste:

“Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo De Instrumento n. 649.192-4/2-00, da comarca de Americana, em que é agravante Banco do Brasil S/A, sendo agravada NTL Têxtil Ltda. (Em Recuperação Judicial): Acordam, em Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram Provitamento ao Recurso. V.u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

“O julgamento teve a participação dos Des. Bóris Kauffmann e Elliot Akel.

“São Paulo, 18 de agosto de 2009 – *Romeu Ricupero*, pres. e relator.

“VOTO N. 12.235 – *Ementa*: 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 cre-

dores 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”.

Seja-me permitido reproduzir os fundamentos teóricos e doutrinários do eminente Relator, em seu douto voto:

“Como ensina Alberto Camiña Moreira, ‘essa expressão – *cram down* – significa a possibilidade de o juiz impor aos credores discordantes o plano apresentado pelo devedor e já aceito por uma maioria’, acrescentando que ‘o *cram down* brasileiro é legalista, fechado, e não dá margem ao juiz para a imposição de plano que possa recuperar a empresa a despeito da discordância dos credores’; ou seja, ‘a lei brasileira não confere ao juiz nenhuma margem de discricionariedade para a imposição de um plano aos credores discordantes’, bastando ‘verificação aritmética do resultado da assembleia’ (*Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, coord. de Luiz Fernando Valente de Paiva, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 257-259).

“Eduardo Secchi Munhoz aborda longamente o tema, assinalando que ‘a lei brasileira, em tema de *cram down*, adotou um regime que se afasta das diretrizes geralmente reconhecidas como válidas’, ‘revelando a clara preocupação de limitar o poder do juiz’ e preferindo ‘adotar critérios vinculados à obtenção de determinado número de votos na assembleia geral (art. 58, § 1º, incisos I a III), acrescidos apenas da exigência de tratamento uniforme nas relações horizontais da classe que rejeitou o plano’. Isto é, ‘na prática, portanto, como já afirmado, o art. 58, § 1º, encerra quase que um *quorum* alternativo para a aprovação do plano em relação ao *quorum* estabelecido no art. 45, com o agravante de que, no sistema daquele dispositivo, não há nenhuma proteção à *absolute priority rule*’.

“Considerações seguintes do referido professor Eduardo Secchi Munhoz (*Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 2ª ed., Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio de Moraes Pitombo, São Paulo, Ed. RT, 2007, pp. 287-293).

“*Não há nenhuma dúvida [sic] que o inciso II do art. 58 foi obedecido, eis que houve a aprovação de duas das classes de credores nos termos do art. 45. No tocante ao inciso III do art. 58, vale registrar que é altamente improvável a existência de credor único nas Classes I (titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho) e III (titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados) do art. 41. Não obstante, parece até frequente a existência de credor único na Classe II (titulares de créditos com garantia real), pois eu mesmo sou Relator, além do presente caso, de outro,*

a recuperação judicial de Marbel R. C. Comércio, Importação e Exportação Ltda. (comarca de Rio Claro), no qual também só existe credor único com garantia real e que também rejeitou o plano de recuperação.

“No que concerne a esse inciso III, impende mencionar que, se uma das classes é constituída por apenas um credor, como ocorre aqui, não se pode exigir o voto favorável de mais de um terço dos credores, computados na forma do § 1º do art. 45 da Lei n. 11.101/2005, porque, de qualquer maneira, a rejeição pelo credor único representaria sempre a decretação da falência da recuperanda e, como é sabido, a Lei n. 11.101/2005, no aludido § 1º do art. 58, procura evitar o ‘abuso da minoria’ (cf. expressão utilizada por Jorge Lobo, in *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 2ª ed., coord. de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 173), isto é, que o voto desfavorável de credor único em determinada classe implique [*sic*] em falência da recuperanda.

“Em outras palavras, havendo credor único em determinada classe, seu voto desfavorável ao plano na assembleia geral de credores representaria sempre o não preenchimento do requisito do inciso III do § 1º do art. 58 da Lei n. 11.101/2005. Ou seja, nunca haveria o voto favorável de mais de um terço dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 da Lei n. 11.101/2005. Da lição transcrita de Eduardo Secchi Munhoz merece destaque a crítica aos critérios definidos pela lei em relação ao *cram down*. Não parece ter sido cogitada pelo legislador a hipótese de credor único com garantia real, cuja não aprovação do plano, por qualquer motivo, implicaria [*sic*] na decretação da falência.

“Em outras palavras, consagraria o ‘abuso da minoria’, isto é, daquele credor já com garantia real suficiente e que, por isso mesmo, em atitude egoística, desaprovasse a recuperação judicial da empresa, em benefício de todos os outros credores das duas outras classes. Não se pode admitir validade à rejeição de plano por credor único em determinada classe, apesar dos critérios limitados do *cram down* da lei brasileira, sob pena de configurar-se *abuso no exercício do direito de votar* o plano na assembleia geral sempre que o credor privilegiasse posições excessivamente individualistas, em detrimento dos demais interesses em jogo’ (grifos meus).

“Como se acentuou na lição acima transcrita, o voto, assim manifestado por essa classe de credores, seria claramente incompatível com a função pública do instituto da recuperação da empresa. Não tendo a Lei n. 11.101/2005 previsto a hipótese de credor único em determinada classe, penso que o juiz não está impedido de aplicar o princípio maior previsto no art. 47, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

E o eminente Relator cita, em seguida, ensinamento do já citado magistrado e professor Manoel Justino Bezerra Filho, *in verbis*:

“Por isso mesmo, a lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridade nas finalidades que diz perseguir, colocando como primeiro objetivo a ‘manutenção da fonte produtora’, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o quê haverá possibilidade de manter também o ‘emprego dos trabalhadores’. Mantidos a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os ‘interesses dos credores’. Esta é a ordem de prioridades que a lei estabeleceu – o exame abrangente da lei poderá indicar se o objetivo terá condições de ser alcançado.

“No entanto, a eficiência da lei para o fim pretendido só se conhecerá com a prática no tempo, pois a avaliação final é feita pelos resultados efetivamente obtidos. Como lembra Jorge Lobo (*RF* 379), para a boa aplicação da lei deve haver ponderação de fins e princípios, sempre tendo em vista que a solução do conflito em si será casuística, condicionada pelas alternativas que se apresentem como hábeis para a solução do problema. Deverá o juiz sempre ter em vista, como orientação principiológica, a prioridade que a lei estabeleceu para a ‘manutenção da fonte produtora’, ou seja, recuperação da empresa’ (*Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*, 5ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2008, pp. 142-143).”