

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**CARLA SMITH DE VASCONCELLOS CRIPPA**

**O abuso de direito na recuperação judicial**

**MESTRADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO  
2013**

**CARLA SMITH DE VASCONCELLOS CRIPPA**

**O abuso de direito na recuperação judicial**

**MESTRADO EM DIREITO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças.

**SÃO PAULO**

**2013**

**BANCA EXAMINADORA:**

---

---

---

*À minha filha, Luana, luz da minha vida.*

## **AGRADECIMENTOS**

Inicialmente, agradeço ao meu amado marido pela paciência e compreensão ao longo dos últimos anos. Sei que não foi fácil me dividir com os estudos, e reconheço o grande esforço que fez para me apoiar e incentivar.

Agradeço à minha mãe e ao meu irmão, que me amam incondicionalmente e me dão força para que eu siga em frente na minha jornada. Agradeço também ao meu pai que, mesmo não estando mais entre nós, tem o meu eterno amor e admiração e é o meu grande exemplo acadêmico.

Agradeço ao Professor Manoel de Queiroz Pereira Calças pela orientação, pelos valiosos ensinamentos ao longo do curso, pelo estímulo ao debate e ao pensamento crítico e, especialmente, pelo enorme carinho e dedicação aos seus alunos.

Aos Professores Rosemarie Adalardo Filardi e Ivo Waisberg, agradeço pela leitura atenta e pelas importantes sugestões quando do exame de qualificação.

Aos Professores Renan Lotufo e Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, agradeço pelas lições sempre precisas e instigantes em relação ao Direito Civil.

Por fim, agradeço às minhas tão queridas amigas e companheiras de PUC, Carolina Chobanian Adas e Roberta Bordini Prado Landi, por sempre me incentivarem pessoal, acadêmica e profissionalmente.

**Carla Smith de Vasconcellos Crippa**

**O abuso de direito na recuperação judicial**

**RESUMO**

O tema desta dissertação é o abuso de direito na recuperação judicial e o seu objetivo é verificar os critérios que permitem o reconhecimento e a repressão de condutas abusivas na recuperação judicial, analisando a regulamentação legal do abuso, seus pressupostos e consequências.

A Lei 11.101/2005 não disciplina o abuso de direito, sendo silente sobre o assunto. No entanto, tem-se visto comportamentos abusivos de credores, devedores, sócios e administradores, que violam os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pela finalidade econômica e social da recuperação judicial. Para evitar que esses comportamentos deixem de ser reprimidos em razão de uma lacuna na Lei 11.101/2005, investigou-se a regulamentação do abuso pela legislação brasileira e a possibilidade de aplicação subsidiária dessa regulamentação à recuperação judicial.

A investigação é eminentemente analítica, tratando da conceituação da recuperação judicial e do abuso de direito e da análise dos princípios e leis a eles aplicáveis. É, também, empírica, efetuando uma análise de casos.

Esta dissertação procura estabelecer parâmetros para a discussão de casos concretos, visando a contribuir para o desenvolvimento da jurisprudência e para a consecução de planos de recuperação judicial justos, equilibrados e que cumpram com as finalidades da Lei 11.101/2005.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Lei 11.101/2005. Abuso de direito. Assembleia-geral de credores.

**Carla Smith de Vasconcellos Crippa**

**The abuse of right in the judicial restructuring**

**ABSTRACT**

The subject of this academic work is the abuse of right in the judicial restructuring and its objective is to verify the criteria to allow the recognition and punishment of abusive behaviors in the judicial restructuring, analyzing the legal regulation of the abuse, its requirements and consequences.

Law No. 11,101/2005 does not rule the abuse of right, being silent on this subject. However, we have seen abusive behaviors by creditors, debtors, shareholders and officers, violating the limits imposed by good faith, good manners and the economic and social purpose of the judicial restructuring. To avoid that such behaviors are not punished as a consequence of an omission in Law No. 11,101/2005, we investigate the regulation of the abuse by Brazilian Law and the possibility of application of such regulation to the judicial restructuring on a subsidiary basis.

The investigation is primarily analytic, dealing with the conceptualization of judicial restructuring and abuse of right and the principles and laws applicable to them. It is also empiric, reviewing court precedents.

This work aims at setting out parameters that may be used in the discussion of particular cases, as to contribute to the development of court precedents and to the drafting of fair and equitable judicial restructuring plans, which comply with the purposes of Law No. 11,101/2005.

Key words: Judicial restructuring. Law No. 11,101/2005. Abuse of right. General meeting of creditors.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>1 RECUPERAÇÃO JUDICIAL</b> .....	15
1.1 <b>Considerações iniciais</b> .....	15
1.2 <b>Princípios regentes</b> .....	16
1.2.1 <b>Princípios clássicos do direito concursal</b> .....	16
1.2.1.1 <i>Par conditio creditorum</i> .....	16
1.2.1.2 <b>Unidade, indivisibilidade e universalidade</b> .....	21
1.2.1.3 <b>Publicidade</b> .....	23
1.2.2 <b>Princípios introduzidos pela Lei 11.101/2005</b> .....	25
1.2.2.1 <b>Preservação da empresa</b> .....	26
1.2.2.2 <b>Separação dos conceitos de empresa e empresário</b> .....	27
1.2.2.3 <b>Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis</b> .....	28
1.2.2.4 <b>Retirada do mercado de sociedades empresárias e empresários não recuperáveis</b> .....	29
1.2.2.5 <b>Proteção aos trabalhadores</b> .....	29
1.2.2.6 <b>Redução do custo do crédito</b> .....	30
1.2.2.7 <b>Celeridade e eficiência dos processos judiciais</b> .....	31
1.2.2.8 <b>Segurança jurídica</b> .....	31
1.2.2.9 <b>Participação ativa dos credores</b> .....	32
1.2.2.10 <b>Desburocratização da recuperação de micro e pequenas empresas</b> .....	33
1.2.2.11 <b>Rigor na punição de crimes falimentares</b> .....	33
1.2.2.12 <b>Maximização do valor dos ativos do falido</b> .....	34
1.3 <b>Objetivo e finalidades</b> .....	34
1.4 <b>Disposições gerais</b> .....	35
1.5 <b>Processamento e procedimento</b> .....	37
<b>2 PLANO DE RECUPERAÇÃO</b> .....	39
2.1 <b>Natureza</b> .....	39
2.1.1 <b>Regime aplicável às concordatas</b> .....	39
2.1.2 <b>Regime atual</b> .....	41
2.2 <b>Efeitos</b> .....	45
<b>3 ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDITORES</b> .....	47
3.1 <b>Disposições gerais</b> .....	47

3.2	<b>Soberania e papel do juiz na recuperação judicial.....</b>	<b>49</b>
4	<b>ABUSO DE DIREITO.....</b>	<b>55</b>
4.1	<b>Autonomia privada e limites ao exercício dos direitos.....</b>	<b>55</b>
4.2	<b>Noção de abuso de direito.....</b>	<b>57</b>
4.2.1	<b>Considerações iniciais.....</b>	<b>57</b>
4.2.2	<i>Aemulatio, exceptio doli</i> e lide temerária.....	58
4.2.3	<i>Venire contra factum proprium</i> .....	59
4.2.4	<b>Inalegabilidade das nulidades formais.....</b>	<b>61</b>
4.2.5	<i>Suppressio e surrectio</i> .....	62
4.2.6	<i>Tu quoque</i> .....	62
4.2.7	<b>Desequilíbrio.....</b>	<b>63</b>
4.3	<b>Evolução do instituto.....</b>	<b>63</b>
5	<b>REPRESSÃO DO ABUSO PELO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>69</b>
5.1	<b>Código Civil.....</b>	<b>69</b>
5.1.1	<b>Abuso de direito.....</b>	<b>69</b>
5.1.1.1	<b>Exercício de um direito.....</b>	<b>71</b>
5.1.1.2	<b>Fim econômico ou social.....</b>	<b>71</b>
5.1.1.3	<b>Boa-fé.....</b>	<b>72</b>
5.1.1.4	<b>Bons costumes.....</b>	<b>74</b>
5.1.1.5	<b>Relação entre dano e abuso de direito.....</b>	<b>75</b>
5.1.2	<b>Abuso da personalidade jurídica.....</b>	<b>75</b>
5.2	<b>Lei das Sociedades Anônimas.....</b>	<b>77</b>
5.2.1	<b>Acionistas.....</b>	<b>77</b>
5.2.2	<b>Administradores.....</b>	<b>79</b>
5.3	<b>Lei 12.529/2011.....</b>	<b>81</b>
5.4	<b>Código de Processo Civil.....</b>	<b>82</b>
5.5	<b>Abuso de direito como princípio.....</b>	<b>83</b>
5.6	<b>Abuso de direito como cláusula geral.....</b>	<b>85</b>
6	<b>ABUSO DE DIREITO NOS CONTRATOS.....</b>	<b>88</b>
6.1	<b>Abuso em matéria contratual.....</b>	<b>88</b>
6.2	<b>Necessidade de cautela no reconhecimento do abuso.....</b>	<b>91</b>
7	<b>APLICAÇÃO DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....</b>	<b>93</b>
7.1	<b>Aplicação do Código Civil.....</b>	<b>93</b>

7.2	<b>Aplicação da Lei das Sociedades Anônimas.....</b>	<b>95</b>
7.3	<b>Aplicação da Lei 12.529/2011.....</b>	<b>96</b>
7.4	<b>Aplicação do Código de Processo Civil.....</b>	<b>97</b>
8	<b>ABUSO DE DIREITO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....</b>	<b>98</b>
8.1	<b>Esclarecimentos iniciais.....</b>	<b>98</b>
8.2	<b>Abuso de direito pelos credores.....</b>	<b>99</b>
8.2.1	<b>Abuso do direito de voto.....</b>	<b>99</b>
8.2.1.1	<b>Caracterização.....</b>	<b>99</b>
8.2.1.2	<b>Conflito de interesses.....</b>	<b>102</b>
8.2.1.3	<b>Abuso da minoria.....</b>	<b>107</b>
8.2.2	<b>Abuso do poder econômico.....</b>	<b>108</b>
8.2.3	<b>Abuso do fornecedor.....</b>	<b>110</b>
8.3	<b>Abuso de direito pelo devedor, seus sócios e administradores.....</b>	<b>114</b>
8.3.1	<b>Abuso do direito de veto.....</b>	<b>114</b>
8.3.2	<b>Abuso dos sócios.....</b>	<b>116</b>
8.3.3	<b>Abuso dos administradores.....</b>	<b>118</b>
8.3.4	<b>Abuso da personalidade jurídica.....</b>	<b>119</b>
8.4	<b>Abuso de direito pelos credores e/ou pelo devedor.....</b>	<b>121</b>
8.4.1	<b>Plano de recuperação abusivo.....</b>	<b>121</b>
8.4.1.1	<b>Exigências espúrias pelos credores em contrapartida à aprovação do plano de recuperação.....</b>	<b>122</b>
8.4.1.2	<b>Estipulações concedendo benefício indevido ao devedor ou aos seus sócios ou impondo sacrifício excessivo aos credores.....</b>	<b>123</b>
8.4.1.3	<b>Tratamento diferenciado aos credores de uma mesma classe.....</b>	<b>126</b>
8.4.1.4	<b>Estipulações emulativas.....</b>	<b>128</b>
8.4.2	<b>Abuso processual.....</b>	<b>129</b>
9	<b>CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO DE DIREITO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....</b>	<b>131</b>
9.1	<b>Esclarecimentos sobre as consequências do abuso de direito de acordo com o Código Civil.....</b>	<b>131</b>
9.2	<b>Consequências do abuso de direito na recuperação judicial.....</b>	<b>133</b>
9.2.1	<b>Abuso do direito de voto pelos credores.....</b>	<b>134</b>
9.2.2	<b>Abuso do poder econômico.....</b>	<b>137</b>
9.2.3	<b>Abuso do fornecedor.....</b>	<b>138</b>

9.2.4	<b>Abuso do direito de veto pelo devedor</b> .....	138
9.2.5	<b>Abuso dos sócios</b> .....	139
9.2.6	<b>Abuso dos administradores</b> .....	140
9.2.7	<b>Abuso da personalidade jurídica</b> .....	140
9.2.8	<b>Plano de recuperação abusivo</b> .....	140
9.2.9	<b>Abuso processual</b> .....	142
10	<b>ANÁLISE DE CASOS</b> .....	144
10.1	<b>Posição da jurisprudência após a entrada em vigor da Lei 11.101/2005</b> ...	144
10.2	<b>Evolução da jurisprudência</b> .....	145
10.2.1	<b>PPL Participações Ltda</b> .....	145
10.2.2	<b>Plastunion Indústria de Plásticos Ltda</b> .....	147
10.2.3	<b>Marbel R. C. Comércio, Importação e Exportação Ltda</b> .....	147
10.2.4	<b>Laginha Agro Industrial Ltda</b> .....	148
10.2.5	<b>Varig Logística S.A</b> .....	149
10.2.6	<b>Moura Schwark Construções S/A</b> .....	150
10.2.7	<b>Cerâmica Gytoku Ltda</b> .....	151
10.2.8	<b>Decasa Açúcar e Álcool S/A</b> .....	155
10.2.9	<b>Companhia Brasileira de Açúcar e Álcool</b> .....	159
10.2.10	<b>Alta Paulista Indústria e Comércio Ltda</b> .....	160
10.2.11	<b>Frevo Brasil Indústria de Bebidas Ltda</b> .....	161
10.2.12	<b>Audifar Comercial Ltda</b> .....	162
10.2.13	<b>Independência S.A</b> .....	163
11	<b>COMENTÁRIOS SOBRE O ABUSO DE DIREITO NOS PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA REGIDOS PELO DIREITO ESTRANGEIRO</b> .....	166
11.1	<b>Esclarecimentos iniciais</b> .....	166
11.2	<b>Direito italiano</b> .....	166
11.3	<b>Direito alemão</b> .....	169
11.4	<b>Direito português</b> .....	172
11.5	<b>Direito francês</b> .....	174
11.6	<b>Direito inglês</b> .....	177
11.7	<b>Direito norte-americano</b> .....	180
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	183
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	190

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema o abuso de direito na recuperação judicial.

A Lei 11.101/2005 possui um espírito diferente do Decreto-lei 7.661/1945. Respeitou-se o valor social da empresa em dificuldade econômico-financeira e criaram-se mecanismos para possibilitar a sua recuperação, buscando evitar as consequências nefastas de uma eventual falência.

Foi instituída a recuperação judicial, que tem como principal objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira enfrentada pelo devedor. A recuperação judicial tem inegável caráter social, tendo como finalidades a manutenção da fonte produtiva, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. São exatamente essas finalidades que, se atingidas, possibilitarão a consecução do propósito último da recuperação judicial, que é a promoção da preservação da empresa, da sua função social e do estímulo à atividade econômica.

A Lei 11.101/2005 concedeu ao devedor a prerrogativa de pleitear a recuperação judicial e propor um plano de recuperação viável economicamente, que discrimine detalhadamente os meios de recuperação a serem empregados e que seja acompanhado de um laudo econômico-financeiro e de avaliação dos seus bens e ativos.

Ao mesmo tempo, concedeu aos credores a prerrogativa de deliberar sobre o plano de recuperação, atribuindo-lhes participação ativa na recuperação judicial. A assembleia-geral de credores é o principal fórum deliberativo da recuperação judicial, proporcionando um ambiente de negociação do plano de recuperação. O resultado da deliberação em assembleia-geral de credores será determinante para o futuro da empresa, levando à concessão da recuperação judicial ou decretação da falência pelo juiz.

Apesar de se tratar de tema polêmico, pela letra da lei, o papel atribuído ao juiz na recuperação judicial está essencialmente vinculado ao resultado da deliberação dos credores sobre o plano de recuperação. Seja em decorrência da maior liberdade negocial concedida ao devedor e aos credores, seja em decorrência das limitações à atuação do juiz na recuperação judicial, tem-se visto comportamentos abusivos por parte de credores, devedores, seus sócios

e administradores, que violam manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelas finalidades da recuperação judicial.

A Lei 11.101/2005 não contém um dispositivo sequer sobre o abuso de direito, dificultando a caracterização e a repressão do abuso no âmbito da recuperação judicial. Considerando a lacuna existente na Lei 11.101/2005, faz-se necessária a investigação da regulamentação do abuso de direito por outras legislações pátrias, a fim de verificar os seus pressupostos e consequências, bem como a possibilidade de sua aplicação subsidiária à recuperação judicial.

A principal disciplina do abuso de direito está no Código Civil, que exige a compatibilização do exercício dos direitos com os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons costumes.

A Lei das Sociedades Anônimas, a Lei 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e o Código de Processo Civil também reprimem o exercício abusivo de direitos, sancionando, respectivamente, o abuso do direito de voto e do poder de controle pelo acionista e o abuso de finalidade pelo administrador, o abuso do poder econômico e o abuso processual.

A teoria do abuso de direito insere-se na busca do justo, constituindo meio eficaz de limitar a vontade das partes e o exercício dos direitos individuais. Tem a importante missão de equilibrar os interesses em jogo e verificar as razões que legitimam o exercício dos direitos, reprimindo atos que, apesar de estarem fundamentados em um direito aparente, são abusivos.

Nesse contexto, este trabalho investiga a aplicação da teoria do abuso de direito à recuperação judicial, as diferentes situações de abuso que podem surgir e as consequências da caracterização do abuso. A investigação é eminentemente analítica, tratando da conceituação da recuperação judicial e do abuso de direito e da análise dos princípios e leis a eles aplicáveis. É, também, empírica, verificando a aplicação concreta do direito pelos tribunais mediante uma análise de casos.

Os desafios nesta investigação são muitos. Além de a jurisprudência ser escassa, poucos doutrinadores trataram do tema. Os que o fizeram, trataram-no de forma superficial, em breves artigos sem cunho acadêmico. Ainda, em tais artigos o abuso foi tratado apenas no

contexto da rejeição do plano de recuperação pelos credores, e não de forma ampla no processo de recuperação judicial.

O objetivo deste trabalho é verificar os critérios que permitem o reconhecimento e a repressão de condutas abusivas na recuperação judicial. Procura fazer apontamentos críticos acerca da aplicação da teoria do abuso de direito à recuperação judicial e propor parâmetros para a discussão de casos concretos, contribuindo para o desenvolvimento da jurisprudência e para a consecução de planos de recuperação justos, equilibrados e que cumpram com as finalidades da Lei 11.101/2005.

Para tanto, inicia com o estudo do regime legal aplicável à recuperação judicial, incluindo os princípios regentes, o objetivo e as finalidades, as regras de processamento e de procedimento, a natureza e os efeitos do plano de recuperação e as regras aplicáveis à assembleia-geral de credores.

Em seguida, passa ao estudo da autonomia privada e dos limites impostos ao exercício dos direitos, fazendo uma análise evolutiva da noção de abuso de direito e do desenvolvimento da teoria do abuso. Após, adentra o estudo da matéria na legislação brasileira, apresentando os pressupostos para a configuração do abuso no Código Civil, na Lei das Sociedades Anônimas, na Lei 12.529/2011 e no Código de Processo Civil.

A partir da verificação da aplicação da teoria do abuso de direito aos contratos, examina a sua aplicação à recuperação judicial. Para isso, pontua a lacuna na Lei 11.101/2005 e verifica a possibilidade de aplicação de outras leis de forma subsidiária.

Chega, então, ao seu ponto fulcral: o estudo do abuso de direito na recuperação judicial, investigando os critérios para o reconhecimento e a repressão de comportamentos abusivos -- seja pelo devedor, seus sócios e administradores, seja pelos credores --, e examinando as consequências da caracterização do abuso na recuperação judicial. Na sequência, analisa os principais julgados dos tribunais brasileiros sobre o tema.

Por fim, estuda as hipóteses de abuso nos processos de insolvência regidos pelo direito italiano, alemão, português, francês, inglês e norte-americano, somando-as ao estudo do tema sob a ótica do direito brasileiro.

Nas referências bibliográficas, foram elencadas apenas as obras diretamente citadas no trabalho.

# 1 RECUPERAÇÃO JUDICIAL

## 1.1 Considerações iniciais

Há muito tempo a sociedade brasileira demandava a atualização do Decreto-lei 7.661/1945, que proporcionava poucas opções para a solução da situação de crise econômico-financeira enfrentada pelo devedor e era tido como obsoleto. O Decreto-lei 7.661/1945 previa apenas a falência e a concordata, não tratando adequadamente da situação da empresa em estado pré-insolvência e não proporcionando proteção adequada aos credores.

A Lei 11.101/2005 possui um espírito diferente da legislação anterior. Procurou-se respeitar o valor social da empresa em dificuldade econômico-financeira, criando-se mecanismos para possibilitar a sua recuperação, estimulando a atividade empresarial e buscando evitar a falência quando isso for possível.

Foi criado o instituto da recuperação judicial, que tem como objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira enfrentada pelo devedor. Na recuperação judicial, o devedor propõe um plano de recuperação que, se aprovado pelos credores, implicará a novação dos créditos anteriores ao pedido de recuperação judicial e obrigará o devedor e todos os credores a ele sujeitos.

Foi também criada a recuperação extrajudicial, que consiste de um acordo privado entre o devedor e os credores com garantia real, privilegiados e quirografários que, se homologado judicialmente, constituirá título executivo judicial, vinculando todos os credores a ele sujeitos.

Salvo algumas alterações específicas<sup>1</sup>, o instituto da falência manteve sua configuração muito semelhante à da legislação anterior. Na data da decretação da falência, o devedor será afastado das suas atividades e perderá o direito de administrar seus bens ou deles dispor. Será nomeado um administrador judicial que, além de gerir a empresa, ficará responsável

---

<sup>1</sup> Tais como classificação dos créditos (artigo 83 da Lei 11.101/2005), inexistência de sucessão do arrematante nas obrigações do devedor no caso de alienação de ativos (artigo 141 e seguintes da Lei 11.101/2005), valor mínimo que o credor precisa deter para requerer a falência (artigo 94, inciso I, da Lei 11.101/2005), entre outras.

pela arrecadação dos bens para posterior realização e pagamento dos credores. O objetivo da falência não é reerguer a empresa, mas sim maximizar o valor dos ativos do devedor, para posterior realização e distribuição aos credores.<sup>2</sup>

## **1.2 Princípios regentes**

### **1.2.1 Princípios clássicos do direito concursal**

Dentre os princípios clássicos do direito concursal, menciona-se a *par conditio creditorum*, a unidade, indivisibilidade e universalidade do juízo falimentar e a publicidade. Tais princípios, bem como a sua aplicabilidade à recuperação judicial, serão analisados individualmente a seguir.

#### **1.2.1.1 *Par conditio creditorum***

O princípio da *par conditio creditorum* preceitua que, havendo pluralidade de credores e sobrevindo a insolvência do devedor, deve ser assegurada a igualdade no tratamento dos credores, respeitadas as preferências legais em relação à ordem no recebimento dos créditos. Não se trata de igualdade absoluta, mas sim de igualdade em relação aos credores que possuem créditos da mesma classe ou ordem de preferência.

A igualdade de tratamento dos credores não afasta as preferências da classificação ou recebimento do crédito, mas sim determina que, se os credores tiverem as mesmas prerrogativas legais, não poderão ser beneficiados em detrimento de outros.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Foge do escopo deste trabalho analisar o abuso de direito na falência e na recuperação extrajudicial.

<sup>3</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 304.

Esse princípio está refletido nos artigos 56, parágrafo 3º, 58, parágrafo 2º, 83, 91, parágrafo único, 126, 149 e 172 da Lei 11.101/2005, bem como nos artigos 612, 751 e 762 e seguintes do Código de Processo Civil.

Apesar de decorrer do princípio constitucional da igualdade, a *par conditio creditorum* é específica do direito falimentar, estando na sua própria essência. Daí advém a lição de que a *par conditio creditorum*, juntamente com os demais princípios estabelecidos pela Lei 11.101/2005, configura pedra angular do direito falimentar.<sup>4</sup>

Cabe indagar se a *par conditio creditorum* estaria restrita à falência ou se também se aplicaria à recuperação judicial.

A doutrina diverge sobre a questão. Há quem entenda que a *par conditio creditorum* também é aplicável à recuperação judicial.<sup>5</sup> Outros entendem que a Lei 11.101/2005 atenuou a *par conditio creditorum* em relação à recuperação judicial e que o tratamento diferenciado a credores pertencentes à mesma classe seria possível se os próprios credores estivessem de acordo com essa diferenciação.<sup>6</sup> Uma terceira corrente entende que a *par conditio creditorum* não tem qualquer aplicação à recuperação judicial, estando restrita à falência.<sup>7</sup>

A jurisprudência também diverge sobre a questão. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já se posicionou no sentido de que a *par conditio creditorum* se aplica à recuperação judicial, considerando ser ela “a pedra angular sobre a qual se assenta qualquer tipo de processo judicial de insolvência”<sup>8</sup> e ser ela “de aplicação obrigatória em processo

<sup>4</sup> TEPEDINO, Ricardo. Dos efeitos da decretação de falência sobre as obrigações do devedor. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 451.

<sup>5</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Arts. 35 a 46. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 -- artigo por artigo*, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 187-188.

<sup>6</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Recuperação Judicial -- Sociedades Anônimas -- Debêntures -- Assembléia Geral de Credores -- Liberdade de Associação -- Boa-fé Objetiva -- Abuso de Direito -- Cram Down -- Par Conditio Creditorum. *Revista de Direito Mercantil - industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, v. 45, n. 142, abr./jun. 2006, p. 274 e 276; PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Aspectos relevantes do instituto da recuperação judicial e necessária mudança cultural. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova lei*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 91-92.

<sup>7</sup> MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. *O Poder de Controle nas Companhias em Recuperação Judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 263-277.

<sup>8</sup> Agravo de Instrumento 0136362-29.2011.8.26.0000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 28.2.2012. No mesmo sentido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 0170427-50.2011.8.26.0000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 17.4.2012.

judicial que discipline a insolvência de qualquer espécie de devedor”.<sup>9</sup> Nesse sentido, seria proibido o tratamento diferenciado a credores que pertencessem a uma mesma classe. Porém, seria possível o tratamento diferenciado a credores que pertencessem a classes diferentes em razão da ausência de disposição legal proibindo o tratamento diferenciado nessa hipótese.<sup>10</sup>

Os Tribunais de Justiça dos Estados de Alagoas, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e outros também já se manifestaram nesse sentido.<sup>11</sup>

Entretanto, foram identificados dois julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no sentido de que a Lei 11.101/2005 não proíbe o tratamento diferenciado entre credores pertencentes à mesma classe, a menos que se trate da hipótese prevista no artigo 58, parágrafo 2º, da Lei 11.101/2005 (proibição de concessão da recuperação judicial com base no chamado *cram down*<sup>12</sup> se o plano implicar tratamento diferenciado entre credores da classe que o houver rejeitado).<sup>13</sup>

Esses dois julgados levam a entender que a aplicação da *par conditio creditorum* seria bastante limitada na recuperação judicial, sendo possível, por exemplo, que o plano de recuperação estabelecesse pagamentos diferenciados em função do valor ou origem dos

---

<sup>9</sup> Agravo de Instrumento 0168318-63.2011.8.26.0000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 17.4.2012. No mesmo sentido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 994.09.319947-8, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Lino Machado, julgado em 6.4.2010.

<sup>10</sup> Agravo de Instrumento 0136462-81.2011.8.26.0000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Elliot Akel, julgado em 18.10.2011; Agravo de Instrumento 990.10.179056-4, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 19.10.2010; Agravo de Instrumento 990.10.183243-7, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Elliot Akel, julgado em 14.9.2010.

<sup>11</sup> Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, Agravo de Instrumento 2009.001751-4, 3ª Câmara Cível, Des. Rel. Nelma Torres Padilha, julgado em 12.4.2010; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento 70027169002, 6ª Câmara Cível, Des. Rel. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, julgado em 19.2.2009; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento 70040898488, 5ª Câmara Cível, Des. Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, julgado em 25.5.2011; Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, Agravo de Instrumento 31659/2009, 2ª Câmara Cível, Des. Rel. Cirio Miotto, julgado em 2.9.2009.

<sup>12</sup> Por meio do qual a recuperação judicial pode ser concedida a despeito da rejeição do plano por parte de determinados credores. O *cram down* será examinado na seção 3.1 adiante.

<sup>13</sup> “A LFR não proíbe que o plano de recuperação judicial seja mais favorável aos pequenos credores do que aos grandes, estabelecendo, em função do valor dos créditos, diferenças de tratamento. O que é vedado, para fim de concessão da recuperação judicial com base no art. 58, § 1º, da referida lei é que o plano implique ‘tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado’ (art. 58, § 2º, da LFR)” (Agravo de Instrumento 0320518-89.2010.8.26.0000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Lino Machado, julgado em 1.2.2011).

“No tocante ao tema sob letra ‘c’ supra, a lei não proíbe tratamento desigual entre os credores de uma mesma classe, exceto no artigo 58, § 2º, da Lei 11.101/05, que obviamente não se aplica ao caso. De fato, dito dispositivo legal prevê ‘a recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado’” (Agravo de Instrumento 0036029-69.2011.8.26.0000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 26.7.2011).

créditos devidos por credores da mesma classe. Se um tal plano não sofresse objeção pelos credores ou fosse aprovado por todas as classes em assembleia-geral de credores, poderia ser homologado pelo juiz.

O Superior Tribunal de Justiça ainda não se manifestou expressamente sobre o tema. Identificou-se um acórdão, da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, que apenas o tangenciou. Em conflito positivo de competência entre o juízo da recuperação e o trabalhista, o Superior Tribunal de Justiça ponderou os valores da preservação da empresa em recuperação e da necessidade de pagamento dos créditos trabalhistas reconhecidos judicialmente. Decidiu, por unanimidade de votos, que o valor que preponderava naquele caso era o da preservação da empresa, já que “permitir que ‘cada um defenda o seu crédito’ implica em colocar abaixo o princípio nuclear da recuperação, que é o do soerguimento da empresa, a par de colocar em risco o princípio da ‘par conditio creditorum’”.<sup>14</sup>

Apesar de o referido acórdão não analisar detidamente a aplicabilidade da *par conditio creditorum* à recuperação judicial, o trecho acima transcrito antecipa o entendimento preliminar de que tal princípio seria aplicável. Entende-se, porém, que não se trata de uma manifestação expressa ou mesmo definitiva do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, até mesmo porque não era esse o objeto do conflito de competência em questão.

Além disso, é curioso notar que o acórdão transcreve voto proferido pelo Ministro Ari Pargendler no julgamento de recurso interposto em outro conflito de competência entre o juízo da recuperação e o trabalhista. Naquele caso, o Superior Tribunal de Justiça comentou o entendimento prevalecente durante a vigência do Decreto-lei 7.661/1945, quando se concentrava no juízo da falência as ações propostas contra a massa falida, com o “propósito de assegurar a igualdade dos credores (*pars condicio creditorum*)”.

No entanto, o Tribunal entendeu, em votação unânime, que, com a entrada em vigor da Lei 11.101/2005, a necessidade de concentrar as ações no juízo da recuperação possui “motivo diferente: o de que só o Juiz que processa o pedido de recuperação judicial pode impedir a quebra da empresa. Se na ação trabalhista o patrimônio da empresa for alienado, essa alternativa de mantê-la em funcionamento ficará comprometida”.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Conflito de Competência 68.173-SP, 2ª Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe em 4.12.2008.

<sup>15</sup> Agravo Regimental em Conflito de Competência 61.272-RJ, 2ª Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU em 9.11.2006.

Considerando que o Tribunal determina que o atual motivo para deslocamento da competência é a necessidade de preservação da empresa, e não mais a *par conditio creditorum*, a impressão que fica é de que reconhece a inaplicabilidade desta última à recuperação judicial. É evidente, porém, que a matéria não foi tratada detalhadamente pelo Tribunal, tratando-se apenas de ilação preliminar por parte desta autora.

De fato, a complexidade da questão justifica a divergência identificada na doutrina e na jurisprudência. Como se viu anteriormente, a Lei 11.101/2005 reflete a *par conditio creditorum* nos artigos 56, parágrafo 3º, 58, parágrafo 2º, 83, 91, parágrafo único, 126, 149 e 172. Dentre esses artigos, os únicos que se aplicam à recuperação judicial são o parágrafo 3º do artigo 56, o parágrafo 2º do artigo 58 e o artigo 172.

Nenhum deles recepciona a *par conditio creditorum* de forma absoluta. O parágrafo 3º do artigo 56 proíbe a diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes à assembleia-geral onde o plano de recuperação tiver sido aprovado. O parágrafo 2º do artigo 58 proíbe a concessão da recuperação judicial com base no *cram down* se o plano implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado. O artigo 172, por sua vez, estipula o crime de favorecimento de credores, caracterizado pelo ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais.

Vê-se que Lei 11.101/2005 não proíbe o tratamento diferenciado entre credores pertencentes a uma mesma classe, salvo nas mencionadas hipóteses do parágrafo 3º do artigo 56 e do parágrafo 2º do artigo 58, bem como na hipótese de o tratamento diferenciado caracterizar crime de favorecimento de credores. Isso leva à conclusão de que a aplicação da *par conditio creditorum* está restrita a essas hipóteses na recuperação judicial.

Vale esclarecer, porém, que essa conclusão não atribui uma “carta branca” para que os planos de recuperação irrestritamente estabeleçam condições de pagamento diferenciadas entre credores de uma mesma classe. Ainda que não estejam presentes as hipóteses do parágrafo 3º do artigo 56, do parágrafo 2º do artigo 58 e do artigo 172 da Lei 11.101/2005, a possibilidade de tratamento diferenciado entre credores de uma mesma classe deve ser exercida dentro dos limites legais, de acordo com a boa-fé e os bons costumes e respeitando as finalidades da recuperação judicial.

Nesse sentido, o fato de a Lei 11.101/2005 não recepcionar a *par conditio creditorum* de forma absoluta não implica o desprezo a tal princípio, até porque ele decorre de comando constitucional e é expressão da boa-fé objetiva.<sup>16</sup>

Porém, a igualdade que se deve buscar na recuperação judicial não é aquela aplicada à falência, onde se busca a proporcionalidade dos pagamentos aos credores. Na recuperação judicial deve haver igualdade material entre os credores, podendo existir tratamento diferenciado aos credores de uma mesma classe apenas na medida em que a diferenciação seja reflexo das diferenças entre os credores.<sup>17</sup> Daí porque é recomendável que, sempre que haja tratamento diferenciado a credores pertencentes a uma mesma classe, a necessidade de diferenciação seja devidamente justificada.

Quando o juiz verificar que o tratamento diferenciado entre os credores de uma mesma classe foi previsto de má-fé, de forma fraudulenta, abusiva ou visando a atingir uma finalidade não admitida em lei, deverá afastá-lo, assegurando a igualdade entre os credores.

O assunto será explorado no capítulo 8 adiante, mas vale antecipar desde já o entendimento de que o juiz deve estar atento para evitar que as finalidades da Lei 11.101/2005 sejam deturpadas e para evitar que ela sirva de instrumento para prejudicar os direitos da minoria, impondo-lhe sacrifícios extremos.

### **1.2.1.2 Unidade, indivisibilidade e universalidade**

O princípio da unidade, indivisibilidade e universalidade do juízo falimentar, por sua vez, preceitua que todas as ações referentes aos bens, interesses e negócios da massa falida sejam processadas e julgadas pelo juízo falimentar, visando à igualdade de tratamento dos credores e à abrangência de todos os bens do falido.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> MOREIRA, Alberto Camiña. Parecer proferido nos autos da recuperação judicial de Alta Paulista Indústria e Comércio Ltda. e outras, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 0264287-08.2011.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 31.7.2012.

<sup>17</sup> CERZETTI, Sheila Christina Neder. *A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 366-374.

<sup>18</sup> ZANINI, Carlos Klein. Da Falência. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.), 2007, p. 341.

Nesse sentido, o artigo 76 da Lei 11.101/2005 prevê que o juízo falimentar é indivisível e competente para conhecer todas as ações envolvendo os bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas pela Lei 11.101/2005, onde o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.<sup>19</sup> É a chamada *vis attractiva* do juízo falimentar.

Já o artigo 115 da Lei 11.101/2005 prevê que a decretação da falência sujeita todos os credores, que somente poderão exercer seus direitos sobre os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável na forma prevista na Lei 11.101/2005.

Tais artigos recepcionam o princípio da unidade, indivisibilidade e universalidade do juízo falimentar.

Cabe o questionamento se o referido princípio também se aplicaria à recuperação judicial ou se estaria restrito à falência.

Os parágrafos 1º, 2º e 6º do artigo 6º da Lei 11.101/2005 estabelecem que as ações propostas contra o devedor onde se demandar quantias ilíquidas, relativas a questões trabalhistas ou execuções de natureza fiscal, continuam a tramitar perante os respectivos juízos. Após o julgamento e liquidação, se necessário, os respectivos créditos serão inscritos no quadro-geral de credores.

Já os parágrafos 3º e 4º do artigo 49 da Lei 11.101/2005 estabelecem que determinados credores não se sujeitarão aos efeitos da recuperação judicial -- tais como o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio ou credor detentor de adiantamento a contrato de câmbio para exportação --. Esses credores poderão iniciar ações judiciais em face do devedor perante o foro competente, apenas não podendo vender ou retirar do estabelecimento do devedor bens de

---

<sup>19</sup> Essas exceções foram criadas em razão da matéria e tendo em vista a existência de justiça especializada. No entanto, vale mencionar que o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou contrariamente à interpretação literal do artigo 76 da Lei 11.101/2005. De acordo com aquele tribunal, as ações movidas pela União, autarquias e empresas públicas federais em face do falido, após a decretação da quebra, são da competência da Justiça Federal e não do juízo falimentar (ainda que tais ações não tenham sido expressamente excepcionadas no artigo 76 da Lei 11.101/2005), salvo se disserem respeito às chamadas causas de falência, entendidas como o pedido de decretação de falência ou as ações reguladas pela Lei 11.101/2005 (Conflito de Competência 16.115-RS, 2ª Seção, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 23.10.2002).

capital essenciais à atividade empresarial, durante o prazo de suspensão previsto no artigo 6º, parágrafo 4º, da Lei 11.101/2005.

Assim, entende-se que o princípio da unidade, indivisibilidade e universalidade não se aplica à recuperação judicial, tendo em vista que (i) inexistente previsão legal nesse sentido; (ii) o juízo da recuperação não possui competência para julgar todas as ações envolvendo bens, interesses e negócios da recuperanda; (iii) diversos credores não são atraídos pela competência do juízo da recuperação; (iv) não se trata de concurso de credores; e (v) diversos créditos não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial. Também é esse o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.<sup>20</sup>

Ainda que as ações que demandem quantias líquidas prossigam perante o juízo da recuperação e que este tenha competência exclusiva para deferir a recuperação judicial, nos termos do artigo 3º da Lei 11.101/2005, trata-se de regra processual de competência em relação à própria recuperação judicial e à consolidação do quadro-geral de credores, e não de um verdadeiro princípio.

### **1.2.1.3 Publicidade**

O princípio da publicidade está previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, pelo qual:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Verifica-se que a Constituição Federal estabelece o princípio da publicidade como decorrência do princípio da igualdade, na medida em que o inciso LV acima referido está incluído no artigo 5º.

---

<sup>20</sup> Agravo de Instrumento 507.097.4/2-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 1.8.2007.

Nos termos do inciso LX do artigo 5º da Constituição Federal, a lei somente poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social assim exigirem.

De forma semelhante, o artigo 155 do Código de Processo Civil determina a publicidade dos atos processuais, permitindo que corram em segredo de justiça os processos em que o interesse público exigir ou que disserem respeito a direito de família.

Na qualidade de processo judicial, a recuperação judicial sujeita-se ao princípio da publicidade. Essa sujeição decorre do princípio constitucional da igualdade, como visto acima.

Diversos artigos da Lei 11.101/2005 evidenciam a aplicação do princípio da publicidade. Dentre eles, vale mencionar (i) o artigo 7º, parágrafo 2º, que dispõe que o administrador judicial fará publicar edital contendo a relação de credores, indicando o local, o horário e o prazo para acesso aos documentos que fundamentaram a elaboração da relação; (ii) o artigo 36, que dispõe que a assembleia-geral de credores será convocada pelo juiz por edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação nas localidades da sede e filiais do devedor, bem como que uma cópia do aviso de convocação da assembleia-geral deverá ser afixada de forma ostensiva na sede e filiais do devedor; (iii) o artigo 52, parágrafo 1º, que determina a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, contendo o resumo do pedido de recuperação e da decisão que deferiu o processamento, a relação de credores, com o valor atualizado e a classificação de cada crédito, e os prazos para habilitação dos créditos e objeção ao plano de recuperação; (iv) o artigo 53, parágrafo único, que determina que o juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para objeções; (v) o artigo 60, que dispõe que a alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor deverão observar as formalidades do artigo 142; e (vi) o artigo 142, que dispõe que a alienação de ativos será antecedida por publicação de anúncio em jornal de ampla circulação, facultada a divulgação por outros meios que contribuam para o amplo conhecimento da alienação.

É interessante observar que artigo 191 da Lei 11.101/2005 determina que, ressalvadas as disposições específicas da lei, as publicações serão feitas preferencialmente na imprensa oficial e, se o devedor comportar, em jornal ou revista de circulação regional ou nacional, bem como em quaisquer outros periódicos que circulem em todo o país.

Fábio Ulhoa Coelho entende que a publicação dos anúncios previstos na Lei 11.101/2005 na *internet* cumpre a acima referida exigência de periódico que circule em todo o país.<sup>21</sup> Também entende que, caso a massa falida não disponha de recursos suficientes para fazer a publicação por meio de editais, não deve fazê-la, considerando os custos envolvidos e a eficácia questionável desse tipo de publicação.<sup>22</sup>

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu acórdão interessante nesse sentido ao julgar mandado de segurança impetrado pela Imprensa Oficial do Estado, onde esta alegava que a publicação dos editais pela *internet* constituía violação à publicidade oficial prevista na Lei 11.101/2005. O Tribunal fez uma ponderação de princípios e entendeu que o princípio constitucional da função social da propriedade ou função social da empresa tem maior peso quando confrontado com o princípio da publicidade. Segundo o Tribunal:

Evidentemente, a publicidade não pode deixar de ser observada, mas a forma de publicação pode e deve atentar ao postulado da preservação da empresa.

Se a publicidade pela Imprensa Oficial onerar em demasia o processo de recuperação de empresa e falência, [...] a opção do juiz deverá atender ao postulado de maior peso, determinando que as publicações sejam feitas de forma simplificada na Imprensa Oficial e complementando-as com outras modalidades de publicidade, especialmente como ordenado na decisão atacada, que recomendou a utilização da Internet, que, sem qualquer despesa, obviamente, atenderá ao interesse maior dos credores.<sup>23</sup>

O princípio da publicidade tem ampla aplicação à recuperação judicial, sendo imprescindível que se dê total publicidade aos atos lá praticados. No entanto, caso o devedor não disponha de recursos para providenciar a publicação dos atos na exata forma estabelecida pela Lei 11.101/2005, a forma de publicação poderá ser flexibilizada visando à preservação da empresa. Assim, poderia haver, por exemplo, a publicação simplificada pela Imprensa Oficial e a complementação pela publicação na *internet*.

### 1.2.2 Princípios introduzidos pela Lei 11.101/2005

---

<sup>21</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e recuperação de empresas*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 471.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 423.

<sup>23</sup> Mandado de Segurança 486.399.4/0-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 27.6.2007.

Há também os princípios introduzidos pela Lei 11.101/2005, que se aplicam especificamente ao direito falimentar e recuperacional. A esse respeito, menciona-se parecer elaborado em 2004 pelo então Senador Ramez Tebet sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 71/2003, que originou a Lei 11.101/2005. Lá estão citados os princípios que inspiraram o Senado Federal na análise e nas modificações propostas ao referido Projeto de Lei, os quais serão resumidamente analisados a seguir.

Vale dizer que o então Senador Ramez Tebet antecipou que nem sempre é possível a satisfação de cada um desses princípios, principalmente quando há conflito entre eles. Nesses casos, será necessário sopesar as consequências sociais e econômicas e buscar a conciliação entre eles, buscando a justiça e o máximo benefício à sociedade.

### **1.2.2.1 Preservação da empresa**

Em relação ao princípio da preservação da empresa, Ramez Tebet menciona a sua função social e o fato de que a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria empregos e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do país. Diferentemente, a extinção da empresa provocaria a perda do agregado econômico representado pelos ativos intangíveis.

O princípio da preservação da empresa, expresso no artigo 47 da Lei 11.101/2005, foi inspirado no princípio da função social da propriedade. Conforme previsto no artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal, é garantido o direito de propriedade, que deverá atender a sua função social. Igualmente, nos termos do artigo 170, incisos II e III, da Constituição Federal, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade, dentre outros.

Bifurcando-se a propriedade em aquela que recai sobre os bens de consumo e aquela que recai sobre os meios de produção, tem-se a função de garantia em relação aos bens de consumo e a função econômica em relação aos meios de produção.<sup>24</sup>

A função social dos meios de produção impõe o dever de o agente da atividade econômica exercer a propriedade de forma a atender os interesses da coletividade. Nesse aspecto, reflete o dever de organização e exploração da empresa de acordo com os postulados da justiça econômica e social, considerando os interesses de todos os envolvidos na atividade empresarial.<sup>25</sup> A função social da empresa será observada quando esta atender os interesses da coletividade, aí incluídos os interesses dos empregados, acionistas, concorrentes, Fisco, meio-ambiente, entre outros.

Vê-se, sob essa perspectiva, que o princípio da preservação da empresa é uma reafirmação do princípio da função social da empresa. Em verdade, ele é a ordem central da recuperação judicial, influenciando e motivando as alterações trazidas na Lei 11.101/2005, bem como nos diversos outros princípios mencionados no parecer elaborado por Ramez Tebet.

Confira-se trecho de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nesse sentido:

O princípio maior que informa a Lei n° 11.101, de 2005, é, sem dúvida, o da preservação da empresa, com o que se atende aos postulados da função social da propriedade visualizada como função social dos meios de produção, da dignidade da pessoa humana, bem como à preservação dos empregos dos trabalhadores e dos interesses dos credores.<sup>26</sup>

Daí decorre a conclusão de que o verdadeiro princípio específico do direito recuperacional é o princípio da recuperação da empresa, que tem como propósito maior promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.<sup>27</sup>

### 1.2.2.2 Separação dos conceitos de empresa e empresário

<sup>24</sup> PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. *Princípios do Direito Falimentar e Recuperacional Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 54.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>26</sup> Mandado de Segurança 486.399.4/0-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 27.6.2007.

<sup>27</sup> PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade, *op. cit.*, p. 122-123.

Pelo princípio da separação dos conceitos de empresa e de empresário, a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços, não se confundindo com a pessoa do controlador. É possível preservar a empresa mediante a alienação a outro empresário ou sociedade empresária que continue a atividade em bases eficientes.

A separação dos conceitos de empresa e de empresário não é uma regra trazida pela Lei 11.101/2005. O artigo 966 do Código Civil define o empresário como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços, excluídas algumas atividades específicas. Já a empresa toma a forma de sociedade, constituída de acordo com os tipos previstos no Código Civil<sup>28</sup>, sendo compreendida como a organização da força de trabalho e do capital necessários para a produção ou circulação de bens ou serviços.<sup>29</sup>

Nesse aspecto, entende-se que a separação dos conceitos de empresa e de empresário não reflete um princípio específico do direito recuperacional ou falimentar, mas sim regra de direito empresarial.

### **1.2.2.3 Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis**

Pelo princípio da recuperação das sociedades e empresários recuperáveis, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere sempre que isso for possível, estimulando, assim, a atividade empresarial.

Para atender a esse postulado, o artigo 53 da Lei 11.101/2005 prevê a necessidade de o plano de recuperação conter a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados, a demonstração de sua viabilidade econômica e o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

---

<sup>28</sup> Com exceção da empresa individual de responsabilidade limitada e das disposições concernentes à sociedade em conta de participação e à cooperativa, bem como as constantes de leis especiais que, para o exercício de certas atividades, imponham a constituição da sociedade segundo determinado tipo.

<sup>29</sup> PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade, 2009, p. 59.

Entende-se, porém, que a recuperação das sociedades e empresários recuperáveis não constitui um princípio propriamente dito, mas sim é reflexo e concretização do princípio maior da preservação da empresa, estando nele refletido.

#### **1.2.2.4 Retirada do mercado de sociedades empresárias e empresários não recuperáveis**

Pelo princípio da retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis, caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, inviabilizando a recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedades com dificuldades insanáveis na condução do negócio.

A decretação de falência não é uma situação em que todos ganham, considerando que o devedor claramente perde. No entanto, do ponto de vista econômico e social, se o devedor não tiver condições de se recuperar, a falência será o caminho adequado para proteger a economia e proporcionar a alocação eficiente dos ativos da empresa insolvente, preservando os interesses dos credores e do resto da sociedade.

Em linha com o que se expôs anteriormente, entende-se que a retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis também não constitui um princípio propriamente dito, mas sim é reflexo e concretização do princípio maior da preservação da empresa.

#### **1.2.2.5 Proteção aos trabalhadores**

Pelo princípio da proteção aos trabalhadores, os trabalhadores devem ser protegidos por terem como único ou principal bem sua força de trabalho, existindo precedência no recebimento dos créditos e instrumentos que, por preservarem a empresa, preservem também os empregos e criem novas oportunidades para os desempregados.

A proteção aos trabalhadores decorre da previsão constitucional dos direitos trabalhistas (entre outros, artigos 1º, inciso IV, 6º e 7º da Constituição Federal) e da própria existência de uma Justiça do Trabalho especializada, que atua de forma a concretizar a tutela aos direitos trabalhistas.

Sob essa perspectiva, entende-se que o princípio da proteção aos trabalhadores também não é um princípio específico do direito recuperacional ou falimentar, mas sim decorre do princípio constitucional de proteção dos direitos trabalhistas.

### 1.2.2.6 Redução do custo do crédito

Pelo princípio da redução do custo do crédito, é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, estimulando o crescimento econômico.

A Lei 11.101/2005 levou em consideração que o desenvolvimento do crédito está vinculado ao grau de proteção dos interesses dos credores. Assim, criou diversos mecanismos de proteção do crédito, visando a estimular as instituições financeiras a ofertar crédito e, assim, reduzir o *spread* bancário. Como exemplo, citam-se (i) os parágrafos 3º e 4º do artigo 49, que excepcionam dos efeitos da recuperação judicial, dentre outros, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis ou de arrendador mercantil, bem como o credor de adiantamento de contrato de câmbio para exportação; e (ii) o inciso II do artigo 83, que modificou a ordem de classificação dos créditos na falência vigente à época do Decreto-lei 7.661/1945, estabelecendo a prioridade dos créditos com garantia real em relação aos créditos tributários.

Daí surgiu a crítica doutrinária no sentido de que a Lei 11.101/2005 não seria verdadeiramente uma “lei de recuperação de empresas”, mas sim uma “lei de recuperação do crédito bancário”.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino, 2007, p. 140.

De qualquer forma, entende-se que a almejada redução do custo do crédito também não constitui um princípio propriamente dito, mas sim reflete um objetivo de política econômica.

#### **1.2.2.7 Celeridade e eficiência dos processos judiciais**

Pelo princípio da celeridade e eficiência dos processos judiciais, é preciso que as normas procedimentais na falência e na recuperação de empresas sejam simples na medida do possível, conferindo-se celeridade e eficiência ao processo e reduzindo-se a burocracia.

No entanto, não se trata de uma regra aplicável apenas aos processos de falência e recuperação judicial, mas sim de mandamento constitucional e processual.

Nesse sentido, o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal prevê que é assegurado a todos no âmbito judicial e administrativo a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Em nível infraconstitucional, o Código de Processo Civil tem sido alvo de reformas e debates exatamente para garantir a celeridade e eficiência processual. Apesar de ainda demandar aprimoramento, diversos dos seus dispositivos visam exatamente a garantir a celeridade na prestação jurisdicional (por exemplo, artigos 17, 130, 154, 273, 475-J, 538, 796, entre vários outros).

Assim, entende-se que a celeridade e eficiência dos processos judiciais também não é um princípio específico do direito recuperacional ou falimentar, mas sim reflete um princípio de direito constitucional e processual.

#### **1.2.2.8 Segurança jurídica**

Pelo princípio da segurança jurídica, deve-se conferir às normas relativas à falência, à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial clareza e precisão máximas, evitando que diferentes possibilidades de interpretação tragam insegurança jurídica e prejudiquem o planejamento das atividades das empresas e suas contrapartes.

O legislador procurou redigir a Lei 11.101/2005 de forma clara e precisa, evitando que as suas disposições permitissem diferentes interpretações e causassem insegurança jurídica. No entanto, como qualquer lei, é evidente que está sujeita a interpretação pelas pessoas por ela afetadas e pelo magistrado.

Nesse ponto, ao mesmo tempo em que existe a necessidade de segurança jurídica, existe também a necessidade de deixar em aberto, para solução posterior, questões que só podem ser resolvidas no caso concreto. Salvo contrário, a rigidez do sistema entraria em conflito com as suas próprias finalidades.<sup>31</sup>

Independentemente disso, entende-se que a segurança jurídica também não constitui princípio do direito recuperacional ou falimentar, mas sim está contida na ideia de justiça, que pressupõe um ideal de segurança e previsibilidade das decisões judiciais.

#### **1.2.2.9 Participação ativa dos credores**

Pelo princípio da participação ativa dos credores, é desejável que os credores participem ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de otimizar os resultados obtidos com o processo, reduzindo a possibilidade de fraude ou malversação dos recursos.

Essa foi uma das principais inovações da Lei 11.101/2005, especialmente no que se refere à recuperação judicial. Nesse aspecto, a assembleia-geral de credores teve seus poderes significativamente ampliados, podendo deliberar, dentre outros, sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação apresentado pelo devedor, a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição e qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.

Não obstante a inovação trazida pela Lei 11.101/2005, entende-se que a participação ativa dos credores não constitui um princípio autônomo, mas sim é reflexo e concretização do princípio maior da preservação da empresa.

---

<sup>31</sup> HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 137-143.

### **1.2.2.10 Desburocratização da recuperação de micro e pequenas empresas**

Pelo princípio da desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte, deve a lei prever mecanismos mais simples e menos onerosos para ampliar o acesso dessas empresas à recuperação.

Essa medida atende à regra do artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal, no sentido de que as empresas de pequeno porte tenham tratamento favorecido.

Em linha com o que foi dito anteriormente, entende-se que a desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte também não constitui princípio específico do direito recuperacional ou falimentar, mas sim reflete regra constitucional aplicável à atividade econômica em geral.

### **1.2.2.11 Rigor na punição de crimes falimentares**

Pelo princípio do rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial, é preciso punir com severidade os crimes falimentares, com o objetivo de coibir as fraudes em função do prejuízo social e econômico que causam. No que se refere à recuperação judicial, a maior liberdade conferida ao devedor para apresentar proposta a seus credores precisa ser contrabalançada com punição rigorosa dos atos fraudulentos praticados para induzir os credores ou o juízo a erro.

Costumava-se ver uma grande impunidade dos crimes falimentares à época da vigência do Decreto-lei 7.661/1945, o que causava enorme prejuízo social e econômico. A Lei 11.101/2005 buscou atualizar as normas relativas aos crimes falimentares, ampliando as penas e a sua aplicação às pessoas que de algum modo concorreram para a prática do crime.

Entende-se, porém, que o rigor na punição de tais crimes não constitui um princípio recuperacional ou falimentar propriamente dito, mas sim reflete um objetivo de política criminal.

### **1.2.2.12 Maximização do valor dos ativos do falido**

Por fim, pelo princípio da maximização do valor dos ativos do falido, a lei deve estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos, evitando a deterioração e priorizando a venda da empresa em bloco, para evitar a perda dos intangíveis.

À época da vigência do Decreto-lei 7.661/1945, via-se que a decretação da falência dava início a um lento procedimento de arrecadação e realização dos ativos, o que levava à sua deterioração, desvalorização ou mesmo desaparecimento.

A Lei 11.101/2005 buscou implementar um ambiente mais eficiente para realização dos ativos do falido. Nesse sentido, o artigo 113 autoriza a venda antecipada de bens perecíveis, deterioráveis, sujeitos a considerável desvalorização ou que sejam de conservação arriscada ou dispendiosa e o artigo 139 prevê que, logo após a arrecadação dos bens, será iniciada a realização do ativo. O artigo 140, por sua vez, prioriza a venda da empresa em bloco e permite a realização do ativo independentemente da formação do quadro-geral de credores, enquanto o artigo 141 prevê que o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

Independentemente da real intenção do legislador de instituir medidas com vistas à maximização do valor dos ativos do falido, entende-se que essa maximização não constitui um princípio propriamente dito, mas sim é reflexo e concretização do princípio maior da preservação da empresa.

## **1.3 Objetivo e finalidades**

O artigo 47 da Lei 11.101/2005 expressamente prevê o objetivo e as finalidades da recuperação judicial:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos

interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O referido artigo não deixa dúvida quanto ao caráter social da recuperação judicial. Ao mesmo tempo, estabelece as suas finalidades, que são a manutenção da fonte produtiva, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. São exatamente essas finalidades que, se atingidas, possibilitarão a consecução do propósito último da recuperação judicial, que é a promoção da preservação da empresa, da sua função social e da atividade econômica. E, para que tudo isso aconteça, será necessária a superação da situação de crise econômico-financeira em que a empresa se encontra.

Verifica-se que a recuperação judicial tem finalidades econômicas e sociais, que devem ser realizadas de forma conjunta e harmônica.

De forma mais direta, as finalidades econômicas são a manutenção da fonte produtiva, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Já a finalidade social equivale ao “bem comum” que a Lei 11.101/2005 se presta a atender, à paz social, à harmonia da sociedade, e é expressa pela preocupação com o valor social da empresa em funcionamento, manifestada pela promoção da preservação da empresa, da sua função social e do estímulo à atividade econômica.

Nesse sentido, a recuperação judicial se presta a viabilizar a superação da situação de crise e a consecução dos objetivos e finalidades estabelecidos pelo referido artigo 47.

#### **1.4 Disposições gerais**

O pedido de recuperação judicial pode ser feito pelo devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos e atenda a determinados requisitos, a saber: (i) não ser falido e, se for, que estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; (ii) não ter, há menos de cinco anos, obtido concessão de recuperação judicial; (iii) não ter, há menos de oito anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no chamado plano especial para micro e pequenas empresas; e (iv) não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na Lei 11.101/2005.

Nos termos do artigo 49 da Lei 11.101/2005, todos os créditos existentes na data do pedido de recuperação judicial estão a ela sujeitos, ainda que não vencidos.

Os parágrafos do mencionado artigo 49 estabelecem disposições específicas em relação a determinados créditos sujeitos e não sujeitos à recuperação judicial. Dentre elas, vale mencionar que os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

De modo geral, as obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas com o devedor ou definidas em lei, salvo se forem novadas nos termos do plano de recuperação.

Alguns credores específicos, tais como o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, foram expressamente excetuados pela Lei 11.101/2005. Nesse sentido, tais credores não terão seu crédito submetido aos efeitos da recuperação judicial, prevalecendo os seus direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais pactuadas. No entanto, a Lei 11.101/2005 proíbe, durante o prazo de suspensão previsto no parágrafo 4º do artigo 6º, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial.

Também não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial os credores da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, em razão de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, cumpridas as exigências do artigo 86, inciso II, da Lei 11.101/2005.

Além disso, no caso específico de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, o parágrafo 5º do artigo 49 da Lei 11.101/2005 dispõe que as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial poderão ser substituídas ou renovadas. Enquanto não renovadas ou substituídas, porém, o valor eventualmente recebido em pagamento dessas garantias ficará em conta vinculada durante o acima referido período de suspensão.

A Lei 11.101/2005 trata dos meios de recuperação judicial no artigo 50. Dentre eles, cita-se (i) a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; (ii) a cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição

de subsidiária integral ou cessão de quotas ou ações; (iii) a alteração do controle societário; (iv) a substituição dos administradores do devedor ou a modificação de seus órgãos administrativos; (v) a concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; (vi) o aumento do capital social; (vii) o trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos empregados; (viii) a redução salarial, a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; (ix) a dação em pagamento ou a novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia; (x) a constituição de sociedade de credores; (xi) a venda parcial de bens; (xii) a equalização de encargos financeiros; (xiii) o usufruto da empresa; (xiv) a administração compartilhada; (xv) a emissão de valores mobiliários; e (xvi) a constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar os ativos do devedor em pagamento dos créditos.

Na prática, observa-se que a maioria dos planos de recuperação judicial aprovados desde a entrada em vigor da Lei 11.101/2005 prevê como meio de recuperação a concessão de prazos mais extensos de pagamento, a redução de encargos financeiros e a venda de bens. Meios como a administração compartilhada, a constituição de sociedade de credores e a emissão de valores mobiliários são de difícil utilização, seja pelas responsabilidades daí decorrentes, incluindo o risco de responsabilização por danos ou sucessão de contingências pelos credores, seja pela falta de interesse do mercado em adquirir títulos emitidos por empresa em situação de crise.

## **1.5 Processamento e procedimento**

A Lei 11.101/2005 estabelece, em seus artigos 51 a 69, os requisitos relativos ao processamento e procedimento da recuperação judicial.

Em síntese, a petição inicial da recuperação judicial deverá ser instruída com os documentos e informações elencados no artigo 51, incluindo (i) a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise; (ii) as demonstrações contábeis relativas aos três últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido de recuperação; (iii) a relação completa dos credores, com a indicação de endereço, natureza, classificação e valor atualizado do crédito, origem, regime dos

vencimentos e indicação dos registros contábeis de cada transação; (iv) a relação completa dos empregados, com as funções, salários, indenizações e outras parcelas a que cada um tem direito e a discriminação dos valores pendentes de pagamento; (v) a certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; (vi) a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; (vii) os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas aplicações financeiras; (viii) as certidões dos cartórios de protestos; e (ix) a relação das ações judiciais em que o devedor é parte, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

Se a documentação exigida pelo citado artigo 51 estiver completa, o juiz, dentre outras determinações, deverá deferir o processamento da recuperação judicial, nomeando o administrador judicial e determinando a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do artigo 6º da Lei 11.101/2005. Além disso, deverá determinar a expedição de edital contendo o resumo do pedido de recuperação e da decisão que deferiu o seu processamento, a relação de credores e a advertência quanto aos prazos para habilitação dos créditos e para objeção ao plano de recuperação.

Nos termos do artigo 53 da Lei 11.101/2005, o devedor deverá apresentar o plano de recuperação no prazo de 60 dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial. O plano de recuperação proposto pelo devedor poderá sofrer objeção por qualquer credor por meio de petição dirigida ao juiz. Havendo objeção de qualquer credor, o juiz convocará assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.

Como regra geral, as obrigações do devedor anteriores ao pedido de recuperação judicial deverão observar as condições originalmente contratadas, nos termos do artigo 49, parágrafo 2º, da Lei 11.101/2005. Quaisquer alterações nos seus termos e condições terão efeito somente se aprovadas em assembleia-geral de credores como parte do plano de recuperação.

## 2 PLANO DE RECUPERAÇÃO

### 2.1 Natureza

O plano de recuperação é o instrumento que permite a superação da situação de crise econômico-financeira pelo devedor. Nos termos do artigo 53 da Lei 11.101/2005, o plano de recuperação deverá conter: (i) a discriminação detalhada e resumida dos meios de recuperação a serem utilizados; (ii) a demonstração da sua viabilidade econômica; e (iii) o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor.

Muito se discute a natureza do plano de recuperação. O entendimento atualmente prevaiente é o de que o plano de recuperação tem natureza contratual. No entanto, a questão está longe de ser pacífica.

Analisaremos a seguir como era vista a natureza da concordata para, em seguida, passarmos à análise da natureza do plano de recuperação.

#### 2.1.1 Regime aplicável às concordatas

As discussões existem desde a vigência do Decreto-lei 7.661/1945, quando se entendia de que a concordata constituía favor legal concedido pelo Estado independentemente da vontade dos credores.

Trajano de Miranda Valverde dizia que a concordata tinha configuração nitidamente processual, uma vez que apresentava a feição de favor legal concedido pelo Estado.<sup>32</sup>

Rubens Requião, também durante a vigência do Decreto-lei 7.661/1945, apresentava a classificação das teorias sobre a natureza jurídica da concordata em três grupos: teoria contratual, teoria processual e teoria da obrigação legal.

---

<sup>32</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 238. 3. tir. v. 2.

A teoria contratual enxergava a concordata como um contrato formado entre devedor e credores. A teoria processual, por sua vez, dizia que a concordata era um instituto eminentemente processual -- constituindo decisão judiciária ou contrato processual --, principalmente considerando estar ela sujeita à direção e homologação judicial. Já a teoria da obrigação legal via na lei a fonte explicativa da sujeição da minoria dos credores à vontade da maioria. Para alguns adeptos dessa teoria, a concordata constituía contrato em relação aos credores que aceitassem a proposta e um “fato de consequências legais” em relação aos credores dissidentes. Para outros, a concordata era um benefício outorgado pelo Estado através da lei, uma obrigação legal pura.<sup>33</sup>

Rubens Requião criticava duramente a teoria contratual, por entender que existiam credores ausentes e dissidentes na concordata, que não manifestavam sua adesão à proposta do devedor. Para ele, o entendimento de que a minoria ausente ou dissidente seria constrangida a observar a estipulação da maioria com o devedor trairia o princípio de que o contrato deriva da livre manifestação das partes. Assim, a teoria da vontade presumida ou da representação da minoria pela maioria seriam insuficientes para comprovar a teoria contratualista.<sup>34</sup>

O autor explicava que a teoria àquela época adotada pelo Direito Brasileiro era a da “concordata sentença”, constituindo a concordata um favor concedido pelo Estado, por sentença do juiz.<sup>35</sup>

Já Fábio Konder Comparato entendia que a concordata tinha natureza de ação judicial, e não de contrato.<sup>36</sup> Pontes de Miranda<sup>37</sup>, José Cândido Sampaio de Lacerda<sup>38</sup> e Nelson Abrão<sup>39</sup> também destacavam o caráter processual da concordata.

<sup>33</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 9-12. v. 2.

<sup>34</sup> “De acordo com a primeira [vontade presumida], aplicada apenas no caso de credores ausentes, imagina-se a maioria presente deliberando em nome da minoria ausente, em virtude de uma modalidade de mandato presumido. Mas a teoria não se presta, porém, para explicar o caso de credores dissidentes que não aceitam os termos da proposta da concordata feita pelo devedor. A segunda teoria sustenta que a maioria não contrata em nome próprio, mas no de todos os credores, inclusive em nome e em representação dos ausentes. Essa representação seria de natureza legal, a qual a minoria seria obrigada a respeitar e a ela se submeter. Como se vê, com esse reparo, a teoria perde efetivamente o caráter contratualista...” (Ibid., p. 10).

<sup>35</sup> Pelas explicações dadas pelo referido autor, a teoria da “concordata sentença” estaria aparentemente dentro do grupo da teoria da obrigação legal, ainda que apresentasse características da teoria processual (Ibid., p. 12).

<sup>36</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 442.

<sup>37</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 33-34. 2. reimpr. t. 28.

<sup>38</sup> LACERDA, José Cândido Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 246.

Apesar de inexistir consenso doutrinário sobre a natureza da concordata, prevalecia o entendimento de que constituía favor legal e tinha natureza eminentemente processual e legal.

### 2.1.2 Regime atual

A recuperação judicial difere em muito da concordata. Não mais se trata de favor legal, mas sim de acordo entre devedor e credores, formalizado em um plano de recuperação votado em assembleia-geral de credores e homologado judicialmente quando da concessão da recuperação judicial.

Doutrina e jurisprudência já se manifestaram nesse sentido, determinando que a recuperação judicial não mais constitui favor legal.<sup>40</sup> Ainda que praticamente inexistia dúvida quanto ao fato de a recuperação judicial não mais constituir favor legal, a discussão sobre a natureza legal do plano de recuperação e do próprio processo de recuperação judicial é bastante intrincada.

A maioria dos doutrinadores entende que o plano de recuperação tem natureza contratual.<sup>41</sup> Ao destacarem a natureza contratual do plano, porém, utilizam expressões diversas como “negócio jurídico privado sob supervisão judicial”<sup>42</sup>, “contrato judicial, com feição novativa”<sup>43</sup> e “negócio de cooperação”<sup>44</sup>, destacando as peculiaridades de o plano estar sujeito à homologação judicial e ao cumprimento das exigências legais.

---

<sup>39</sup> ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 176.

<sup>40</sup> MANDEL, Julio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 93; BENETI, Sidnei Agostinho. O Processo da Recuperação Judicial. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 228-230; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 505.750.4/9-00, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 4.3.2009.

<sup>41</sup> MARZAGÃO, Lúcia Valério. A Recuperação Judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 94; MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de, 2012, p. 242-243.

<sup>42</sup> PENTEADO, Mauro Rodrigues. Comentários à Lei de Recuperação e Falência: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.), 2007, p. 84-85.

<sup>43</sup> CAMPINHO, Sergio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12-13.

<sup>44</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 234.

Outros ressaltam o caráter processual e legal da recuperação judicial, criticando a teoria contratual por entender que ninguém pode ser obrigado a contratar contra a própria vontade.<sup>45</sup> Paulo Sérgio Restiffe chega a dizer que a relação jurídica formada entre devedor e credores não decorre de um negócio jurídico, mas sim da tutela jurisdicional prestada.<sup>46</sup>

Um terceiro grupo entende que a recuperação judicial tem natureza de direito econômico.<sup>47</sup> Nesse grupo está Jorge Lobo, que, apesar de ressaltar os diversos aspectos envolvidos na recuperação judicial (ato coletivo processual, favor legal e obrigação *ex lege*), conclui se tratar de instituto de direito econômico.<sup>48</sup>

A despeito da grande divergência doutrinária sobre o tema, a jurisprudência consolidou o entendimento de que o plano de recuperação tem natureza contratual. Em diversas oportunidades, os tribunais estaduais determinaram a “inegável natureza contratual” do plano de recuperação.<sup>49</sup> Mais especificamente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou que o ordenamento jurídico confere ao plano de recuperação “a natureza de contrato que se constitui pela livre negociação entre credores e empresa devedora, que é complementado pela decisão judicial concessiva da recuperação”.<sup>50</sup>

Adere-se ao entendimento de que o plano de recuperação tem natureza eminentemente contratual, principalmente considerando que a sua proposta, redação, discussão, modificação e votação derivam de ampla e livre negociação entre devedor e credores em assembleia-geral. Além disso, o plano de recuperação implica a novação de todos os créditos anteriores ao pedido, obrigando o devedor e os credores e ele sujeitos. Vale dizer, a aprovação do plano e concessão da recuperação judicial faz surgir obrigações novas, que substituem as anteriores.

---

<sup>45</sup> SCHEINMAN, Maurício. *Da natureza jurídica da recuperação judicial e da inexistência de concurso de credores no processo e da necessidade de exato cumprimento do plano apresentado*. Disponível em: <http://www.blogdoscheinman.blogspot.com/2011/03/da-natureza-juridica-da-recuperacao.html>. Acesso em: 4 ago. 2012, p. 4 e 6.

<sup>46</sup> RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de Empresas: de acordo com a lei 11.101, de 09.02.2005*. Barueri: Manole, 2008, p. 45 e 243.

<sup>47</sup> FARIA, Ely de Oliveira. Reflexões acerca do abuso do direito de voto de credor contra o plano de recuperação e soluções. *Revista de Direito Empresarial e Recuperacional*, São Paulo, 2010, p. 34.

<sup>48</sup> LOBO, Jorge. Da Assembléia-Geral de Credores. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.), 2010, p. 172-176.

<sup>49</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 580.551.4/0-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 19.11.2008; Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Agravo de Instrumento 1.0079.07.348871-4/001, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, julgado em 29.5.2008; entre outros.

<sup>50</sup> Agravo de Instrumento 994.09.282082-5, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 6.4.2010.

Inobstante a sua natureza eminentemente contratual, não se pode ignorar o fato de que algumas peculiaridades do plano de recuperação colocam o caráter contratual em xeque. Pode-se mencionar que o plano de recuperação obriga os credores ausentes e dissidentes e somente implica a novação dos créditos se o juiz conceder a recuperação judicial. Além disso, o descumprimento pelo devedor das obrigações que vencerem no prazo de dois anos contados da concessão da recuperação judicial acarreta a convalidação da recuperação judicial em falência, reconstituindo as obrigações nas condições originalmente contratadas. Tais peculiaridades fazem com que o plano de recuperação perca algumas características contratuais e assumam outras processuais.

Em relação à primeira peculiaridade, não se pode ignorar que a vinculação dos credores ausentes e dissidentes ao plano de recuperação caracteriza a formação de um contrato em uma situação onde inexistiu o consentimento desses credores.

O consentimento das partes é elemento constitutivo do contrato, o qual surge exatamente quando são integradas, fundidas e harmonizadas as vontades de cada parte.<sup>51</sup> A princípio, ninguém pode ser obrigado a aceitar um contrato contra a sua vontade. No entanto, essa obrigação pode existir, excepcionalmente, em algumas hipóteses.

Uma delas é o contrato obrigatório, onde as partes são obrigadas a contratar independentemente da sua vontade. A obrigação de contratar pode ser imposta por lei<sup>52</sup> ou resultar do prévio comportamento das partes (por exemplo, no caso de contrato preliminar).<sup>53</sup> Nesse último caso, a obrigação de contratar pode ser até mesmo cumprida por sentença judicial substitutiva, nos termos do artigo 464 do Código Civil, que prevê a possibilidade de o juiz suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar.

O contrato obrigatório é uma clara exceção ao princípio de que toda pessoa pode livremente se recusar a contratar. De fato, a liberdade de recusar um contrato ou mesmo a determinação do conteúdo do contrato vem sendo restringida por diferentes processos e

---

<sup>51</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro; Forense, 2007, p. 56-57.

<sup>52</sup> Por exemplo: prestação de serviços públicos ou de assistência vital, seguro obrigatório, locação prorrogada por determinação legal, contratos celebrados pelos que exercem atividade econômica em caráter de monopólio e contratos de direito de família (Ibid., p. 31, 34, 359, 360).

<sup>53</sup> Ibid., p. 31, 32 e 80.

técnicas negociais. Esse fenômeno ocorre não apenas nos contratos obrigatórios, mas também nos contratos de adesão, acordos normativos<sup>54</sup>, acordos associativos, entre outros.

Como ensina Orlando Gomes, essas restrições decorrem da tendência autoritária de substituição de regras dispositivas por regras imperativas, fazendo surgir novas figuras na área da autonomia privada, “mas tão esquisitas que se duvida de seu caráter contratual”.<sup>55</sup> Essas mudanças muitas vezes decorrem da necessidade de intervenção estatal sob a ótica das repercussões dos contratos na vida econômica e social, a fim de evitar ou coibir abusos.

As lições sobre os contratos obrigatórios podem ser muito bem utilizadas no estudo da natureza do plano de recuperação. O legislador previu a possibilidade de aprovação do plano de recuperação contra a vontade de determinados credores exatamente para garantir que prevalecesse a vontade da maioria e para evitar que os credores que tivessem uma posição individualista ou egoísta impossibilitassem a aprovação de um plano que atendesse aos interesses da maioria. Com isso, buscou viabilizar a consecução do propósito maior da recuperação judicial, que é a preservação da empresa.

De fato, existe uma vinculação que independe do consentimento de todos os credores. No entanto, apesar de isso realmente colocar em xeque a natureza contratual do plano de recuperação e dar margem a questionamentos, viu-se que a situação não é exclusiva à recuperação judicial. Nos contratos obrigatórios ocorre exatamente isso e as partes a ele se vinculam independentemente da sua vontade.

Além disso, a sujeição de todos os credores ao plano de recuperação decorre do princípio das deliberações majoritárias nas relações empresariais e da vinculação de ausentes e dissidentes.<sup>56</sup> Nesse sentido, a maioria dos credores foi autorizada pela Lei 11.101/2005 para servir como fonte de declaração de vontade dos demais credores. Vale reiterar que a deliberação da assembleia-geral de credores considera o interesse da coletividade dos credores, tendo em vista o princípio da preservação da empresa.

A necessidade de concessão da recuperação judicial pelo juiz também não parece suficiente para descaracterizar a natureza contratual do plano. Independentemente do importante papel desempenhado pelo juiz, é fundamental a participação do devedor e dos credores em relação à redação e aprovação do plano. De qualquer forma, lembre-se que nos

---

<sup>54</sup> Por exemplo, o acordo ou contrato coletivo de trabalho.

<sup>55</sup> GOMES, Orlando, 2007, p. 33.

<sup>56</sup> PENTEADO, Mauro Rodrigues, 2007, p. 85.

contratos obrigatórios também existe a possibilidade de o juiz suprir ou completar a vontade das partes, como no caso do contrato preliminar ou da locação prorrogada por determinação legal. A homologação do plano quando da concessão da recuperação judicial apenas complementa a vontade do devedor e dos credores.

Por fim, a peculiaridade de convação em falência no caso de descumprimento das obrigações que vencerem no prazo de dois anos contados da concessão da recuperação judicial também não afasta o caráter contratual do plano de recuperação. Essa peculiaridade deve ser vista como uma condição resolutive do plano e da novação dele decorrente.<sup>57</sup>

Assim, por mais que o plano de recuperação combine aspectos contratuais e processuais, o aspecto contratual prevalece. Trata-se de um contrato plurilateral peculiar, mas ainda assim contrato.

A caracterização do plano de recuperação como contrato -- negócio jurídico por excelência<sup>58</sup> -- é o ponto de partida para a aplicação da teoria do abuso de direito, como será explicado adiante.

## 2.2 Efeitos

O principal efeito da aprovação do plano de recuperação pelos credores e da consequente concessão da recuperação judicial pelo juiz é a novação dos créditos anteriores ao pedido de recuperação judicial. Nesse sentido, nos termos do artigo 59 da Lei 11.101/2005, o plano de recuperação implica a novação dos créditos anteriores ao pedido de recuperação judicial e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos. A única ressalva diz respeito às garantias, que somente serão afetadas pelo plano de recuperação se o respectivo credor com isso expressamente concordar.

A novação prevista na Lei 11.101/2005 não tem a mesma natureza jurídica da novação prevista no artigo 360 do Código Civil. Podem ser apontadas como peculiaridades da novação recuperacional o fato de ela estar subordinada à condição resolutive de

---

<sup>57</sup> CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Novação recuperacional*. Revista do Advogado, São Paulo, ano XXIX, n. 105, set. 2009, p. 115 e seguintes.

<sup>58</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 411. v. 1.

cumprimento das obrigações previstas no plano de recuperação que se vencerem até dois anos após a concessão da recuperação judicial e o fato de não atingir os coobrigados, fiadores, obrigados de regresso e avalistas.<sup>59</sup>

Nos termos do artigo 61 da Lei 11.101/2005, o devedor permanecerá em recuperação judicial durante o cumprimento das obrigações previstas no plano de recuperação que vencerem até dois anos após a concessão da recuperação judicial. Durante esse período, a violação a qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convolação da recuperação em falência.

Caso seja decretada a falência em razão do descumprimento das obrigações que vencerem até dois anos após a concessão da recuperação judicial, os direitos e garantias dos credores serão reconstituídos nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores que tenham sido eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial.

---

<sup>59</sup> CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira, 2009, p. 115 e seguintes. Também é esse o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Agravo de Instrumento 580.551-4/00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 19.11.2008.

### 3 ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES

#### 3.1 Disposições gerais

A assembleia-geral de credores tem importância fundamental na recuperação judicial. É lá que ocorrem as deliberações sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação apresentado pelo devedor e sobre qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.

Verifica-se ter sido atribuído aos credores o importante papel de deliberar sobre o futuro da empresa em recuperação, concedendo-lhes poder muito maior do que aquele que possuíam no Decreto-lei 7.661/1945.

A assembleia-geral de credores é presidida pelo administrador judicial, que designará um secretário dentre os credores presentes. Em primeira convocação, a assembleia será instalada com a presença de credores titulares de mais da metade dos créditos de cada classe, computados pelo valor. Em segunda convocação, será instalada com qualquer número.

O voto do credor é proporcional ao valor do seu crédito, exceto no caso dos credores trabalhistas, que votam “por cabeça” e não por valor. Para fins exclusivos de votação em assembleia, o crédito em moeda estrangeira será convertido para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de realização da assembleia.

Terão direito a voto na assembleia todos os credores arrolados no quadro-geral de credores, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial ou, na sua falta, na relação apresentada pelo devedor. Os credores que não estiverem arrolados nas referidas relações e tiverem habilitação de crédito pendente de julgamento terão direito de voto se houver decisão judicial -- ainda que liminar ou antecipatória de tutela -- expressamente lhe concedendo tal direito.

A assembleia-geral de credores é composta pelas seguintes classes de credores: (i) titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; (ii) titulares de créditos com garantia real; e (iii) titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados. Os credores com garantia real

votam nesta classe até o limite do valor do bem gravado e com a classe quirografária pelo restante do valor do seu crédito.

Para que o plano de recuperação seja aprovado, precisará contar com a aprovação de todas as classes de credores, nos termos do artigo 45 da Lei 11.101/2005. Na classe dos credores trabalhistas, os votos devem atingir a maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor do crédito. Nas demais classes, os votos devem atingir mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, a maioria simples dos credores presentes.

Ainda que o quórum acima descrito não seja atendido, o juiz poderá conceder a recuperação judicial se o plano obtiver (i) o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia-geral, independentemente da classe; (ii) a aprovação de duas classes de credores ou, caso haja somente duas classes, a aprovação de pelo menos uma delas; e (iii) na classe que houver rejeitado o plano, o voto favorável de mais de 1/3 dos credores, computados na forma dos parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Lei 11.101/2005.

É o chamado *cram down*, por meio do qual a recuperação judicial pode ser concedida a despeito da rejeição do plano por parte de determinados credores.<sup>60</sup> Vale apontar, porém, que a recuperação judicial somente poderá ser concedida mediante *cram down* se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 58 da Lei 11.101/2005.

Nota-se que, para que o plano de recuperação seja alterado pelos credores em assembleia-geral, o devedor deverá expressamente concordar com as alterações e elas não poderão acarretar a diminuição exclusivamente dos direitos dos credores ausentes, nos termos do parágrafo 3º do artigo 56 da Lei 11.101/2005.

---

<sup>60</sup> Eduardo Secchi Munhoz explica que o *cram down* criado pela Lei 11.101/2005 diverge do *cram down* previsto nas legislações estrangeiras, na medida em que o poder de decisão pertence à assembleia-geral de credores, inexistindo margem para análise judicial da situação econômico-financeira do devedor e de eventual abuso de voto na rejeição do plano de recuperação por determinados credores (Do procedimento de recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.), 2007, p. 289). A esse respeito, vale mencionar a lei norte-americana, que prevê a possibilidade de o juiz aprovar o plano de recuperação ainda que o quórum de aprovação não seja alcançado, mas desde que isso não implique discriminação injusta (*unfair discrimination*) e o plano for justo e equitativo (*fair and equitable*) em relação a cada classe de credores ou interesses que tiver sido afetada e que tiver votado contrariamente ao plano (§ 1129(b) do Capítulo 11 do Código de Falência norte-americano).

A decisão judicial que concede a recuperação judicial constitui título executivo judicial, nos termos do artigo 59, parágrafo 1º, da Lei 11.101/2005.

### **3.2 Soberania e papel do juiz na recuperação judicial**

Viu-se acima que a assembleia-geral de credores é o principal fórum deliberativo da recuperação judicial. A Lei 11.101/2005 prevê a soberania da assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação, estabelecendo que, se o plano de recuperação for rejeitado pelos credores, o juiz decretará a falência (artigo 56, parágrafo 4º, da Lei 11.101/2005). De forma contrária, prevê que o juiz concederá a recuperação judicial se o plano não tiver sofrido objeção por parte dos credores ou tiver sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do artigo 45 da Lei 11.101/2005 e as exigências formais da Lei 11.101/2005 tiverem sido cumpridas.

Pela letra da lei, portanto, o juiz está vinculado à deliberação dos credores sobre o plano de recuperação. A única discricionariedade a ele conferida está no parágrafo 1º do artigo 58 da Lei 11.101/2005, que prevê a possibilidade de o juiz conceder a recuperação judicial com base no já estudado *cram down*.

Muito se discute se o juiz está mesmo vinculado às deliberações da assembleia-geral de credores ou se, diferentemente, poderia rever tais deliberações.

Eduardo Secchi Munhoz entende que a Lei 11.101/2005 não conferiu qualquer margem de discricionariedade ou interpretação ao juiz em relação ao mérito do plano, de modo que, preenchidos os requisitos da Lei 11.101/2005, deveria o juiz conceder a recuperação. A função do juiz no processo de recuperação judicial seria presidir o processo de negociação e assegurar o respeito aos direitos das partes, homologando a deliberação resultante da negociação ocorrida.<sup>61</sup> O autor é bastante objetivo ao concluir que o papel do juiz estaria restrito às situações acima delimitadas. Sua objetividade, porém, não prejudica seu senso crítico, na medida em que propõe uma revisão dos critérios estabelecidos na Lei

---

<sup>61</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi, 2007, p. 287-288.

11.101/2005, de modo a ampliar o poder de interferência do juiz em relação à aprovação do plano de recuperação.<sup>62</sup>

Adalberto Simão Filho coaduna do mesmo entendimento quanto à ausência de discricionariedade do juiz em relação ao mérito do plano. No entanto, ressalva que seria possível o juiz verificar as condições intrínsecas e extrínsecas do plano, não no que se refere à substância, mas sim à legalidade. Ressalva, também, a possibilidade de o juiz verificar se o plano é “visivelmente impossível de ser cumprido no seu objetivo maior e vazio no seu conteúdo”.<sup>63</sup>

Erasmus Valladão Azevedo e Novaes França pontua que o juiz exerce um controle de legalidade ou legitimidade das deliberações assembleares, e não um controle de mérito. O autor explica que as deliberações assembleares não precisam ser motivadas, sendo tomadas de acordo com a conveniência ou oportunidade. Nesse sentido, tendo sido observadas as formalidades legais e inexistindo votos viciados decisivos para a formação da maioria, o conteúdo das deliberações escaparia ao controle jurisdicional.<sup>64</sup>

Modesto Carvalhosa, por sua vez, defende que a assembleia-geral de credores não é órgão soberano, tendo em vista que o seu poder não se sobrepõe ou substitui o jurisdicional, sendo apenas deliberativo.<sup>65</sup>

Manoel Justino Bezerra Filho também tem a opinião de que o juiz não está vinculado às deliberações da assembleia-geral de credores, mantendo o exercício do poder jurisdicional. Para ele, “até pelo constante surgimento de interesses em conflito neste tipo de feito, sempre competirá ao poder jurisdicional a decisão, permanecendo com a assembleia o poder deliberativo [...]”.<sup>66</sup>

Jorge Lobo é outro que ensina que o juiz não é mero homologador de decisões assembleares, devendo presidir o processo de recuperação judicial “com tirocínio,

---

<sup>62</sup> Especialmente no que diz respeito ao *cram down*, com vistas a evitar que o veto de uma classe de credores leve a um resultado incompatível com o interesse da empresa em recuperação (MUNHOZ, Eduardo Secchi, 2007, p. 292-293).

<sup>63</sup> SIMÃO FILHO, Adalberto. Interesses transindividuais dos credores nas assembleias-gerais e sistemas de aprovação do plano de recuperação judicial. In: LUCCA, Newton De; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.). *Direito Recuperacional: Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 56.

<sup>64</sup> FRANÇA, Erasmus Valladão Azevedo e Novaes, 2007, p. 194.

<sup>65</sup> CARVALHOSA, Modesto. Arts. 35 a 40. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 253.

<sup>66</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino, 2007, p. 116.

competência e plena liberdade, formando sua convicção, seu ‘livre convencimento’, de acordo com as provas dos autos [...]”. Arremata que, considerando o fundamento ético, objeto, finalidades e princípios da Lei 11.101/2005, o interesse público na preservação da empresa e a corresponsabilidade do Judiciário pelo bem comum, os poderes, funções e atribuições do juiz na condução do processo tornaram-se ainda maiores.<sup>67</sup>

Verifica-se, assim, que a maioria dos estudiosos afasta a soberania da assembleia-geral de credores, caracterizando o seu poder como deliberativo e possibilitando o controle da legalidade das deliberações assembleares pelo juiz.

De fato, a soberania da assembleia-geral de credores não é absoluta. Ainda que a Lei 11.101/2005 tenha atribuído aos credores o poder de deliberar sobre o plano de recuperação, suas deliberações estão sujeitas à homologação judicial e, evidentemente, o juiz não homologará deliberação fraudulenta, ilegal ou abusiva, até porque a recuperação judicial envolve interesse público e tem caráter social.

A Lei 11.101/2005 conferiu ao juiz o importante papel de presidir e supervisionar o processo de recuperação judicial. Para que o juiz cumpra o seu papel a contento, deverá garantir que as discussões em assembleia-geral de credores sejam livres e abertas, coibindo fraudes e abusos processuais e no exercício dos direitos conferidos pela Lei 11.101/2005, além de fiscalizar a classificação dos créditos e a formação do quórum exigido em cada uma das classes de credores e zelar pela manutenção de um ambiente equilibrado para a negociação entre devedor e credores.

Além disso, deverá assegurar que as deliberações da assembleia-geral de credores estejam de acordo com o ordenamento jurídico, verificando se há qualquer violação à lei ou aos princípios gerais de direito, fraude ou abuso de direito, efetuando o controle da legalidade das deliberações assembleares.

Apesar de se afirmar que o juiz deve efetuar o controle da legalidade das deliberações assembleares, é difícil estabelecer até onde vai esse controle de legalidade. Haverá situações claras, em que o juiz conseguirá de plano identificar uma ilegalidade. No entanto, certamente haverá situações limítrofes, em que a deliberação assemblear seja aparentemente legal, mas contenha termos e condições potencialmente abusivos.

---

<sup>67</sup> LOBO, Jorge, 2010, p. 225-226.

Nesse sentido, é interessante notar que alguns dos autores acima citados se referem à impossibilidade de o juiz se imiscuir no “mérito” do plano de recuperação e da deliberação da assembleia-geral de credores.

Dáí surge uma dificuldade adicional: como poderia o juiz exercer o referido controle de legalidade sem se imiscuir no mérito do plano de recuperação e da deliberação assemblear?

Entende-se que, para efetuar o controle da legalidade da deliberação assemblear, o juiz precisará verificar os termos do plano de recuperação e da própria deliberação. Em outras palavras, o juiz verificará o conteúdo do plano e da deliberação, o que, de certa forma, caracteriza uma análise de mérito.

No entanto, essa análise de conteúdo ou de mérito deve estar pautada na legalidade do plano e da deliberação (formal e material), e não na sua conveniência e oportunidade.

O controle da legalidade formal ocorre, por exemplo, em relação às formalidades de convocação, instalação, formação de quórum, votação e publicação de editais. Já o controle da legalidade material ocorre, por exemplo, em relação à verificação de fraude, abuso de direito ou violação à lei e princípios gerais de direito.<sup>68</sup>

Há que ser respeitado o poder dos credores para deliberar sobre a conveniência e oportunidade do plano. A Lei 11.101/2005 conferiu liberdade de negociação ao devedor e aos credores, e o limite para essa liberdade é exatamente o ordenamento jurídico. O juiz não tem o poder de determinar se um plano deve ou não ser aprovado, mas sim de determinar se a deliberação da assembleia-geral de credores está de acordo com o ordenamento jurídico.

Nesse aspecto, como dito, o juiz está autorizado a rejeitar a homologação de uma deliberação que viole o ordenamento jurídico. No entanto, não está autorizado a rejeitar a homologação por entender, por exemplo, que o plano de recuperação não é conveniente aos credores. Da mesma forma, não está autorizado a conceder a recuperação judicial a uma empresa cujo plano tenha sido rejeitado pelos credores.<sup>69</sup> Não fosse assim, estar-se-ia

---

<sup>68</sup> Jorge Lobo comenta a possibilidade de controle do mérito do plano de recuperação e da deliberação. Para ele, o controle de mérito estaria relacionado, por exemplo, à divergência manifestada por credores que sofreram *cram down* quando da aprovação do plano de recuperação por maioria de votos e ao requerimento de invalidação da rejeição do plano de recuperação por abuso de direito, fraude à lei etc. (2010, p. 226-227). Entende-se que o que o aludido autor denomina “controle de mérito” está englobado no que aqui se chamou de controle da legalidade material do plano e da deliberação da assembleia-geral de credores.

<sup>69</sup> Salvo nos casos de *cram down* ou se caracterizado abuso do direito de voto (analisado na seção 8.2.1).

retirando dos credores e transferindo ao Judiciário o poder deliberativo sobre o plano de recuperação, o que violaria frontalmente a Lei 11.101/2005.

Além disso, não cabe ao juiz investigar a viabilidade econômica do plano. Essa investigação também cabe aos credores e deve ser feita anteriormente à deliberação sobre o plano. Tanto é assim que, para permitir a apresentação de objeções ao plano, o artigo 53 da Lei 11.101/2005 requer que o devedor apresente juntamente com o plano a descrição dos meios de recuperação a serem empregados, a demonstração da sua viabilidade econômica e um laudo econômico-financeiro e de avaliação dos seus bens e ativos.

Os credores são os maiores interessados na aprovação de um plano de recuperação viável economicamente e, pelo menos a princípio, não faria sentido que aprovassem um plano inviável. Diz-se “pelo menos a princípio” porque, conforme a crítica de Fábio Ulhoa Coelho, não se pode pressupor que os credores apenas aprovarão planos de recuperação viáveis.<sup>70</sup>

O aludido autor adverte que a homologação de planos de recuperação inviáveis (ou, pela terminologia por ele utilizada, inconsistentes) levaria à desmoralização do instituto da recuperação judicial. Assim, propõe que o juiz não homologue o plano se verificar que está diante de um “*blá-blá-blá* inconteste”.<sup>71</sup>

Da mesma forma, Leandro Santos de Aragão propõe que o juiz esteja capacitado para visualizar “um ‘blá-blá-blá’ no plano de recuperação ou, até mesmo, um esporádico ‘lenga-lenga’ na manifestação dos credores de rejeição do plano”. Para ele, o problema seria econômico-financeiro e não jurídico, devendo o juiz estar bem assessorado ou ter a consciência para viabilizar uma saída técnica para o imbróglio.<sup>72</sup>

Concorda-se que não pode ser absoluta a pressuposição legal de que os credores apenas aprovarão planos de recuperação viáveis. Apesar de ser uma pressuposição razoável, já que os credores são os maiores afetados pelo plano, o absentéismo, os custos com o

---

<sup>70</sup> O autor dá três razões para a crítica, a saber: (i) os credores têm seus próprios problemas e não se preocupam nem participam tanto da recuperação do devedor; (ii) os credores não possuem todas as informações necessárias para avaliar a consistência do plano ou elaborar um plano alternativo, ou mesmo não têm interesse em investir recursos nessa elaboração; e (iii) a consequência da rejeição do plano de recuperação é a falência, o que pode levar os credores a aceitar qualquer plano, ainda que inconsistente. Com isso conclui que, ainda que o devedor submeta aos credores um plano *blá-blá-blá*, a tendência será a sua aprovação (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 191-192, v. 3).

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 192.

<sup>72</sup> ARAGÃO, Leandro Santos de. Assembléia-geral de credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o direito societário. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.), 2006, p. 306.

envolvimento de profissionais para acompanhamento do processo e das assembleias, bem como para análise do plano, a assimetria de informação, as questões contábeis que podem desincentivar o reconhecimento de perdas nos balanços, acordos paralelos com o devedor, eventuais contratos de seguro e a ameaça premente da falência podem fazer com que os credores aprovem um plano qualquer, ainda que inviável.

Assim, cabe questionar se o juiz estaria obrigado a conceder a recuperação judicial quando o plano de recuperação fosse manifestamente inviável.

Reitera-se o posicionamento de que não cabe ao juiz verificar a viabilidade econômica do plano. No entanto, é preciso ter em mente que, nos termos do artigo 47 da Lei 11.101/2005, a recuperação judicial se presta a viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, tendo a finalidade de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores e o propósito último de promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Em casos extremos, em que o plano seja manifesta e comprovadamente inviável economicamente e a impossibilidade de recuperação seja patente, poderá o juiz deixar de conceder a recuperação judicial em razão da violação ao artigo 47 da Lei 11.101/2005, evitando que uma fraude à lei seja homologada. Nesses casos, a decisão do juiz estaria fundamentada no próprio poder de controle da legalidade da deliberação assemblear.

Apesar de ser difícil pensar em tal situação extrema de patente inviabilidade econômica, um exemplo seria um plano prevendo a venda da totalidade dos bens do devedor, caracterizando uma falência disfarçada. Não se está falando de mudança de controle ou trespasse do estabelecimento, mas sim de venda separada da totalidade dos bens e utilização do produto da venda para pagamento aos credores sujeitos à recuperação, esvaziando o devedor por completo. Nesse caso, o juiz poderia reconhecer de imediato o uso disfuncional do instituto da recuperação judicial e deixar de conceder a recuperação judicial, considerando que ela não seria capaz de proporcionar a preservação da empresa.

No entanto, ressalta-se a necessidade de bom senso por parte do juiz, utilizando com cautela o poder de controle da legalidade das deliberações assembleares e evitando que a vontade dos credores seja excessivamente tolhida e o espírito da Lei 11.101/2005 seja desvirtuado.

## 4 ABUSO DE DIREITO

Tratou-se anteriormente dos principais aspectos relacionados à recuperação judicial, incluindo os princípios e regras a ela aplicáveis, seu objetivo e finalidades, a natureza e os efeitos do plano de recuperação e as disposições relativas à assembleia-geral de credores. Analisar-se-á, nesta etapa, o desenvolvimento da teoria do abuso de direito para, em seguida, investigar-se a repressão do abuso de direito pela legislação brasileira.

### 4.1 Autonomia privada e limites ao exercício dos direitos

A teoria da autonomia da vontade foi sustentada pela escola jusnaturalista e encontrava fundamento no direito natural dos homens de dispor livremente das suas ações e dos seus bens. Nos séculos XVIII e XIX, a liberdade contratual significava essencialmente a liberdade de trabalho e de comércio, e essa liberdade constituía o pressuposto necessário para a revolução industrial.

A noção de liberdade contratual era a base do capitalismo industrial e comercial. Cabia ao ordenamento jurídico garantir ao indivíduo condições de exercer a sua liberdade (especialmente a liberdade de iniciativa econômica). Àquela época, predominava o conceito do *laissez faire, laissez passer*, que virou expressão-símbolo do liberalismo econômico. Transpondo esse conceito econômico para o Direito, pode-se dizer que ele justificava uma maior liberdade contratual, sem interferência estatal. Entendia-se àquela época que Direito e Economia deveriam perseguir interesses privados.

Na teoria clássica liberal, o contrato era expressão da vontade livre e soberana dos contratantes e fazia lei entre as partes, porquanto construído sobre os princípios da força obrigatória e da autonomia da vontade. Suas cláusulas tinham força de preceitos legais imperativos para os contraentes, com raras exceções previstas em lei.

Historicamente, porém, a ausência de limites à autonomia da vontade gerou uma série de abusos pelos titulares dos direitos. O pensamento jurídico foi sequencialmente se

modificando, convencendo-se os juristas de que, entre o forte e o fraco, a liberdade escraviza e a lei liberta (Lacordaire).

De uma forma geral, o individualismo liberal que animava a autonomia da vontade cedeu às pressões sociais.<sup>73</sup> O contrato deixou de ser livre para se tornar dirigido. Nesse sentido, um regime de regulamentação, de controle, substituiu a autonomia da vontade das partes e a plena liberdade contratual. Os interesses privados perderam ênfase em relação ao bem público.<sup>74</sup>

Quando o Estado atua interferindo na ordem privada, retirando dos indivíduos a possibilidade de exercício pleno da liberdade contratual e dos direitos individuais, assim o faz para impedir que o direito de uma das partes não seja diminuído pelo da outra, evitando a colisão. Nesse sentido, a intenção é de encaminhar as partes para princípios equitativos, na salvaguarda do interesse coletivo.<sup>75</sup>

O Direito passou a olhar não mais para o indivíduo proprietário e com vontades individuais, mas sim para o indivíduo membro de uma sociedade. Instalou-se uma tendência à constitucionalização do Direito Civil, levando várias Constituições, inclusive a brasileira, a se imiscuírem em assuntos até então reservados aos Códigos Civis. Foi a chamada constitucionalização do Direito Privado.

Sob a influência de princípios constitucionais fundamentais, aplicáveis ao Direito Civil, tornou-se necessária a superação do individualismo que marcava o Direito Civil clássico,

---

<sup>73</sup> Massimo Bianca explica que, desde o início, a contestação do dogma da vontade esteve ligada à contestação da própria liberdade econômica e social. Na Itália e na Alemanha, essa contestação se inspirou inicialmente na ideologia fascista, que era a antítese do conceito individualista -- contrapondo-se a esse conceito ao entender que o Estado deveria reconhecer a autonomia da vontade somente na medida em que ela fosse socialmente útil de acordo com a finalidade da nação --. Ensina que, em termos ideológicos, a contestação do dogma da vontade surgiu como parte da doutrina marxista. Verificou-se que, inobstante a igualdade jurídica e formal das partes, existia uma grande desigualdade de fato e a liberdade negocial acabava se transformando em instrumento de afirmação dos interesses capitalistas (*Diritto Civile: Il Contratto*. v. 4, Milano: Giuffrè, 2005, p. 26-27).

<sup>74</sup> A doutrina francesa reconhece que a autonomia da vontade é uma doutrina filosófica-jurídica com influência moral, econômica e política (ARNAUD, André-Jean. *Les origines doctrinales du Code civil français*. Paris: LGDJ, 1969, p. 197). Existe contradição, porém, sobre os efeitos da autonomia da vontade. Eric Savaux explica que parte da doutrina francesa entende que a autonomia da vontade conserva, mesmo atualmente, a importância de um princípio e que o direito moderno teria elaborado um conceito novo e atualizado da autonomia da vontade, que não seria contraditório com a sua classificação como um princípio (*La Théorie Générale Du Contrat, Mythe ou Réalité?* Paris: LGDJ, 1997, p. 70). Outros entendem, porém, que seria necessário encontrar princípios diversos de direito a fim de substituir o da autonomia da vontade, tendo em vista a sua pouca aplicação prática nos dias atuais (GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1993, p. 79 e 178).

<sup>75</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*. 30. ed. Saraiva: São Paulo, 2004. v. 3.

levando ao objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, pautada nos fundamentos da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.<sup>76</sup>

## 4.2 Noção de abuso de direito

### 4.2.1 Considerações iniciais

Um dos reflexos mais evidentes dessa evolução histórica foi exatamente o fortalecimento da teoria do abuso de direito. Nesse sentido, relaciona-se o desenvolvimento da figura do abuso de direito às transformações por que passou o Direito Privado com o declínio do dogma da vontade. Trata-se do processo de funcionalização dos direitos subjetivos, onde a teoria do abuso de direito serve como instrumento fundamental.<sup>77</sup>

Independentemente de o fortalecimento da teoria do abuso ser reação ou consequência do dogma da vontade<sup>78</sup>, o importante é que foram impostos limites ao exercício dos direitos individuais. Nesse sentido, embora não se afaste o exercício dos direitos individuais, exige-se a sua compatibilização com conceitos maiores como a boa-fé, os bons costumes e a finalidade econômica e social do direito.

A repressão do abuso é guiada pela busca da justiça comutativa, da justiça do caso concreto, da equidade. Nesse sentido, a repressão do abuso insere-se na busca do justo, que é a sua razão de existência.<sup>79</sup> Cabe ao Direito assegurar o justo equilíbrio entre os diferentes

---

<sup>76</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 291.

<sup>77</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 427.

<sup>78</sup> Pela crítica de Pontes de Miranda, a doutrina do abuso surgiu como consequência do absolutismo, e não como reação a ele. Seria um efeito do (e não reação ao) regime individualista. Para ele, a doutrina do abuso constitui a teoria individualista das relações entre direitos individuais, na medida em que os indivíduos queriam proteção contra as situações em que o exercício do direito de outrem ofendia o seu direito individual (visão relacional do direito) (*Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2008, p. 87).

<sup>79</sup> LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *O Abuso e o Novo Direito Civil Brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 85.

interesses em questão, reprimindo o exercício de um direito individual que possa comprometer esse equilíbrio.<sup>80</sup>

A repressão do abuso é, de fato, um meio eficaz de limitar a vontade das partes e o exercício dos direitos individuais, corrigindo, atenuando e impedindo seus desregramentos. O titular do direito não pode exercê-lo para a satisfação de interesses egoísticos ou que desnaturem sua destinação econômica ou social.<sup>81</sup>

E é exatamente à teoria do abuso de direito que está confiada a importante missão de equilibrar os interesses em jogo e verificar as razões que legitimam o exercício dos direitos, sancionando os atos que, apesar de estarem fundamentados em um direito aparente, violam os limites impostos pela finalidade econômica ou social desse direito, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A noção de abuso de direito não advém de textos legais. Ela é supralegal, decorrendo da própria natureza das coisas e da condição humana.<sup>82</sup> De fato, existe um sentimento maior que legitima o controle do exercício dos direitos e a repressão do abuso. A noção de abuso advém do próprio anseio de justiça que impera na sociedade.

Como será visto a seguir, a concretização da noção de abuso de direito e a sua abstração ocorreram de forma periférica, por desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário principalmente no século XX, embora sua origem seja geralmente atribuída aos atos emulativos<sup>83</sup> e a outros institutos similares do direito romano. Far-se-á a seguir uma breve explanação dos institutos que contribuíram à concretização e abstração do abuso de direito.

#### **4.2.2 *Aemulatio, exceptio doli e lide temerária***

---

<sup>80</sup> BOULOS, Daniel M. *Abuso do Direito no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 36.

<sup>81</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. 3. ed. histórica com Considerações Preliminares à Guisa de Atualização de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 7.

<sup>82</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de apud STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 122.

<sup>83</sup> CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no Código Civil de 2002 (art. 187): Relativização dos direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 377.

A teoria dos atos emulativos é recorrentemente relacionada à origem da teoria do abuso de direito. No direito romano, a *aemulatio* estava relacionada ao exercício de um direito com o intuito de prejudicar terceiros. Tratava-se de situações de injustiça marcantes, onde o titular do direito o exercia com o único propósito de causar danos a outrem.<sup>84</sup>

O direito romano também utilizava o instituto da *exceptio doli* para conter práticas abusivas. O instituto era aplicado tanto para os casos em que o autor agia de forma dolosa ao levar seu caso a juízo, comprometendo os demais atos subsequentes (*exceptio doli praeteriti*), quanto nos casos em que o réu respondia a uma pretensão do autor alegando a existência de dolo (*exceptio doli praesentis*). A *exceptio doli praesentis* acabou sendo posteriormente utilizada como forma de obstacularizar atos tidos como abusivos.<sup>85</sup>

O direito romano previa, também, a proteção contra a chamada lide temerária, consistente de práticas processuais abusivas por possuírem finalidade supra ou extraprocessual ou terem o objetivo de prejudicar a outra parte ou terceiros. A evolução desse instituto levaria, posteriormente, ao desenvolvimento do instituto da litigância de má-fé e do abuso do processo.<sup>86</sup>

#### 4.2.3 *Venire contra factum proprium*

O *venire contra factum proprium* resume a proibição de a parte se portar de forma contraditória a um comportamento anterior. Foi um dos institutos que mais inspirou o desenvolvimento do abuso de direito.<sup>87</sup>

Surgiram diferentes doutrinas sobre o *venire contra factum proprium*, destacando-se a doutrina da confiança de Canaris e a doutrina negocial de Wieling. Pela doutrina da confiança, o *venire* seria proibido quando violasse a confiança legítima gerada pelo *factum*

---

<sup>84</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Eficácia externa dos créditos e abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 69.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>87</sup> Anderson Schreiber sintetiza que o *venire contra factum proprium* inclui-se na categoria de um abuso de direito por violação à boa-fé (*A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 114).

*proprium*.<sup>88</sup> Já pela negocial, o agente ficaria negocialmente vinculado ao *factum proprium*. Ao perpetrar o *venire*, violaria a vinculação daí derivada.<sup>89</sup> António Menezes Cordeiro indica a prevalência atual da doutrina da confiança, não sendo ético ou coerente que uma pessoa mude arbitrariamente de comportamento e frustre a confiança despertada em terceiros.<sup>90</sup>

O autor português exige quatro pressupostos para a tutela da confiança em casos de *venire contra factum proprium*, quais sejam: (i) existência de uma situação de confiança em consonância com o sistema e traduzida na boa-fé subjetiva e ética de pessoa que ignore a lesão a posições jurídicas de outrem; (ii) existência de crença plausível, verificável objetivamente, da situação de confiança; (iii) investimento da confiança com base em atividades jurídicas assentadas nessa crença; e (iv) imputação da situação de confiança à pessoa que será afetada pela proteção ao confiante.<sup>91</sup>

Ainda em relação aos pressupostos, Teresa Negreiros aponta a necessidade de que, à luz das circunstâncias do caso, as expectativas estejam devidamente fundadas em atos concretos praticados pela outra parte, os quais, conhecidos pelo contratante, fizeram-no confiar na manutenção da situação gerada.<sup>92</sup>

Uma das funções primordiais do Direito é assegurar a confiança das partes, de modo a manter um sistema estável e com segurança jurídica. Parece abusivo que alguém queira se prevalecer de um comportamento anterior, que gerou confiança em outra pessoa, para depois agir de forma contrária e lesar os interesses dessa pessoa. Nesse sentido, pode-se indagar se seria conveniente que o ordenamento jurídico tivesse uma proibição geral de quaisquer comportamentos contraditórios, de modo a evitar lesão à confiança gerada em terceiros.

Hamid Charaf Bdine Júnior refere-se à existência de um princípio que veda o comportamento contraditório e impõe a todos uma vinculação aos seus próprios atos.<sup>93</sup> O fundamento desse princípio seria a “confiança na coerência daquele que pratica o *factum*

---

<sup>88</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*: Estudo de Direito civil e de Direito processual civil, com exemplo no requerimento infundado da insolvência, à luz do Código de 2004. Coimbra: Almedina, 2006, p. 50.

<sup>89</sup> CORDEIRO, António Menezes, 2009, p. 78.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 78-79.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>92</sup> E acrescenta: “Mais que isso, o comportamento contraditório só será alcançado pela boa-fé objetiva quando não for justificável e, ainda, quando a reversão de expectativas assim ocorrida gerar efetivos prejuízos à outra parte cuja confiança tenha sido traída” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 147-148).

<sup>93</sup> BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do Negócio Jurídico Nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141.

*proprium*".<sup>94</sup> Conclui, porém, que ninguém está obrigado a ser coerente em relação aos seus próprios desejos e interesses. Só haveria tal obrigação se o contrário resultar danoso a quem esperava e confiava na aparência de que a situação se manteria.<sup>95</sup>

Concorda-se com a última afirmação do referido autor. Não se identifica no direito brasileiro um princípio geral de proibição de qualquer comportamento contraditório, no sentido de que a parte nunca poderia mudar de comportamento. Identifica-se, sim, a proibição de agir de forma contraditória nos casos em que essa contradição viole a confiança legítima, plausível e objetivamente auferível da contraparte -- logo, viole a boa-fé --.<sup>96</sup> Parece que um princípio geral de proibição de qualquer comportamento contraditório engessaria a sociedade e traria mais pontos negativos do que positivos.

#### 4.2.4 Inalegabilidade das *nulidades* formais

O conceito de inalegabilidade das nulidades formais pode ser resumido na impossibilidade de uma pessoa se beneficiar da nulidade de um negócio jurídico causado por vício de forma. Se a pessoa pudesse se beneficiar da nulidade formal, haveria margem a comportamentos oportunistas e violadores da confiança, já que poderia provocar uma nulidade formal e depois invocá-la para se libertar do negócio jurídico.

A origem dessa formulação foi na Alemanha e evidenciou a decadência da *exceptio doli*. Tratou-se de um desenvolvimento tão vigoroso que, mesmo sendo contrário à lei e enfrentando oposição doutrinária, o requisito do dolo inicial cedeu lugar à situação da pessoa contra quem se alega o vício formal.<sup>97</sup>

Para António Menezes Cordeiro, a inalegabilidade formal exige os já citados quatro pressupostos da tutela da confiança no caso do *venire contra factum proprium*, bem como três pressupostos adicionais, quais sejam: (i) não envolver interesses de terceiros; (ii) a

<sup>94</sup> SCHREIBER, Anderson apud BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf, 2010, p. 141.

<sup>95</sup> BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf, op. cit., p. 143.

<sup>96</sup> Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 95.539-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU em 14.10.1996.

<sup>97</sup> LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*: parte geral. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 502-503. v. 1.

situação de confiança deve ser imputável à pessoa a ser responsabilizada; e (iii) a tutela da confiança deve ser sensível, dificilmente assegurada por outra via.<sup>98</sup>

O conceito de inalegabilidade das nulidades formais está relacionado à teoria do abuso, na medida em que seria abusivo causar uma nulidade para depois se beneficiar dela. É exatamente nessa medida que não se confere proteção a quem queira se valer de uma nulidade formal premeditadamente causada.

#### 4.2.5 *Suppressio e surrectio*

A *suppressio* (supressão) e a *surrectio* (surgimento) seguiram o desenvolvimento da teoria da inalegabilidade das nulidades formais. A *suppressio* é a situação de inércia no exercício de um direito, pelo decurso de tempo, não mais permitindo o exercício de tal direito por contrariar a boa-fé.<sup>99</sup> A *suppressio* visa à penalização da inatividade do agente e à proteção da confiança do beneficiário no não exercício do direito.

A *surrectio* é o contraponto da *suppressio*. Representa o nascimento de um direito como efeito, no tempo, da confiança legitimamente despertada na outra parte por uma determinada ação ou comportamento.<sup>100</sup>

#### 4.2.6 *Tu quoque*

O *tu quoque* (também tu) traduz a proibição de uso de uma faculdade que se obteve ilicitamente. Pelo instituto do *tu quoque*, uma pessoa que viola uma norma não pode, posteriormente e sem abuso, prevalecer-se da situação jurídica daí decorrente e exercer a posição jurídica violada ou exigir o acatamento por outrem da situação violada.<sup>101</sup>

<sup>98</sup> CORDEIRO, António Menezes, 2009, p. 83.

<sup>99</sup> LOTUFO, Renan, 2004, p. 504.

<sup>100</sup> MARTINS-COSTA, Judith apud LUNARDI, Fabrício Castagna. *A Teoria do Abuso de Direito no Direito Civil Constitucional*: novos paradigmas para os contratos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 34, abr./jun. 2008, p. 11.

<sup>101</sup> CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 87.

O *tu quoque* é expressão da proibição de alegação da própria torpeza. O instituto do *tu quoque* tem concretização através da exceção do contrato não cumprido, prevista no artigo 476 do Código Civil.<sup>102</sup>

O *tu quoque* é também relacionado ao abuso, na medida em que seria abusivo se beneficiar de uma situação que se obteve ilicitamente.

#### 4.2.7 Desequilíbrio

O desequilíbrio no exercício do direito abrange situações onde o titular de um direito o exerce de modo contrário ao sistema e à boa-fé. O desequilíbrio envolve situações onde o exercício é danoso e inútil, situações de dolo e também de grave desproporção entre o benefício recebido pelo titular do direito e o sacrifício imposto a outrem.<sup>103</sup>

Caracterizam desequilíbrio as situações em que os efeitos do exercício do direito sejam desproporcionais à sua razão de ser, causando injustiça no caso concreto. Abrangem, por exemplo, o exercício inútil danoso à contraparte, a exigência de algo que o titular saiba que deva, em seguida, restituir ou a desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto a outrem.

O desequilíbrio guarda semelhanças muito próximas com a teoria do abuso, estando na sua própria origem.

#### 4.3 Evolução do instituto

Apesar de o Código de Napoleão não versar expressamente sobre o abuso de direito, a jurisprudência francesa é tida como pioneira ao sancionar atuações abusivas, especialmente em matéria de vizinhança. A expressão *abus de droit* foi introduzida pelo belga Laurent para cobrir as situações de responsabilidade relacionadas ao famoso caso da chaminé falsa de

---

<sup>102</sup> LOTUFO, Renan, 2004, p. 505-506.

<sup>103</sup> CORDEIRO, António Menezes, 2009, p. 88-89.

Colmar.<sup>104</sup> Àquela época, a repressão do abuso de direito era feita pelos juízes no caso concreto, ainda que não fossem acompanhados pela evolução paralela da doutrina.

Josserand foi um dos primeiros a tratar do tema. Explicou que o direito deveria observar a função ou espírito que lhe era inerente. Partiu da concepção de Jhering de direito subjetivo como um “interesse juridicamente protegido”, instituído com base em uma função.<sup>105</sup> A função poderia ser tanto pessoal -- função de exercício do direito para satisfazer necessidades pessoais e não apenas para prejudicar terceiros --, quanto social ou econômico-social -- função de exercício do direito em prol da sociedade.

Das lições de Josserand surgiram perguntas de difícil resposta como: qual é a finalidade dos direitos? Qual é o seu espírito capaz de levar à conclusão de que, se violado, existirá abuso de direito? O que impõe tal espírito?<sup>106</sup>

Ripert associa o abuso de direito à chamada “regra moral”, sustentando que o abuso de direito existirá quando uma pessoa exerce o direito de modo anormal, causando prejuízos intencionalmente (*animus nocendi*). Nessa linha, o abuso de direito consistiria de uma atuação ofensiva aos deveres morais de justiça, equidade e humanidade.<sup>107</sup>

É de Planiol a crítica de que a doutrina do abuso repousa em uma linguagem insuficientemente estudada: “a sua fórmula ‘uso abusivo dos direitos’ é uma logomaquia, porque se eu uso o meu direito, o meu acto é lícito; e quando ele é ilícito, é porque ultrapasso o meu direito e ajo sem direito, injuria, como dizia a lei Aquilia”.<sup>108</sup> Daí surgiu a conhecida expressão “o direito cessa onde começa o abuso”.

Josserand criticava essa posição, afirmando que se poderia perfeitamente ter um direito e, ao mesmo tempo, contrariar o Direito em conjunto, “e é esta situação, nada contraditória mas perfeitamente lógica, que traduz o adágio famoso: *summum jus summa injuria*”.<sup>109</sup>

Deixando de lado a aparente contradição terminológica na expressão “abuso de direito”, vale dizer que o desenvolvimento do conceito de abuso ocorrido na França não foi

<sup>104</sup> CORDEIRO, António Menezes, 2009, p. 71.

<sup>105</sup> Ibid., p. 91.

<sup>106</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do Abuso de Direito*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 17-18.

<sup>107</sup> Apud GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. *Responsabilidade Civil por Abuso do Direito*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 71.

<sup>108</sup> Apud ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., p. 45.

<sup>109</sup> JOSSERAND, Louis *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie de l'abus des droits*. Paris: Dalloz, 1927, p. 313.

acompanhado, em um primeiro momento, na Alemanha. Para os alemães, a repressão do abuso parecia estar restrita aos atos emulativos.

Nesse sentido, apesar de o Código Civil Alemão (BGB) ter sido o primeiro a positivar a repressão do abuso de direito, limitava-se aos atos praticados com o intuito de causar dano a outrem e acabou não inibindo atos atentatórios à boa-fé.<sup>110</sup>

Assim dispõe o BGB, que entrou em vigor em 1900, em seu artigo 226: o exercício de um direito é inadmissível somente quando tem o propósito de causar danos a outrem.<sup>111</sup>

O artigo 226 do BGB não teve muita relevância prática na Alemanha, considerando a enorme dificuldade de se comprovar que o ato foi praticado com o único propósito de causar dano a outrem.<sup>112</sup> Os tribunais alemães acabaram utilizando outros dispositivos do BGB para sancionar atos abusivos, principalmente os artigos 242 (obrigação de efetuar a prestação em boa-fé), 157 (interpretação dos contratos de acordo com a boa-fé) e 138 (nulidade de transações contrárias à ordem pública).

Em seguida veio o Código Civil Suíço, que entrou em vigor em 1912. Em seu artigo 2º, dispõe que todos devem exercer os seus direitos e executar as suas obrigações de acordo com a boa-fé; o aparente abuso de um direito não é protegido pela lei.<sup>113</sup>

Já o Código Civil Italiano, de 1942, não prevê expressamente a figura do abuso de direito. Apesar disso, uma parte da doutrina indica a aplicação do instituto nas disposições sobre a proibição dos atos emulativos. Outros, porém, rejeitam essa aplicação.<sup>114</sup>

Pietro Perlingieri conceitua o abuso de direito como um comportamento não justificado pelo interesse impregnado na função da relação jurídica da qual faz parte a situação. Não seriam limites a cada direito, mas sim uma relação com a função mais ampla da situação global da qual o direito seria expressão. A sua valoração seria complexa exatamente por

---

<sup>110</sup> LOTUFO, Renan, 2004, p. 499.

<sup>111</sup> “§ 226 Schikaneverbot. Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zu zufügen”.

<sup>112</sup> GROTHE, Helmut. *Münchener Kommentar zum BGB*. 5. ed. München: C.H. Beck, 2006, nota 1 aos comentários ao artigo 226.

<sup>113</sup> “Art. 2. 1. Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. 2. Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.”

<sup>114</sup> MARTINS, Pedro Baptista, 1997, p. XXI.

requerer a verificação da existência de interesses contrários juridicamente relevantes, que deveriam ser considerados de forma harmônica e proporcional.<sup>115</sup>

A violação ao dever de boa-fé na execução do contrato também pode configurar abuso no direito italiano nos casos em que o contraente exerce direito que deriva da lei ou do contrato para realizar um escopo diverso daquele para o qual o direito foi constituído.<sup>116</sup>

Francesco Macario aponta a tendência de o ordenamento jurídico incluir regras baseadas na valoração do comportamento das partes, a fim de sancionar desvios e garantir um contrato justo. Segundo ele, a teoria do abuso delega ao intérprete a tarefa de conceituar critérios amplos e indefinidos, o que poderia eventualmente colocar em risco a chamada “certeza do direito”. A ideia de abuso representaria uma síntese conceitual extrema das diversas manifestações do exercício do direito em contraste com regras metajurídicas em um determinado contexto social.<sup>117</sup>

Logo após a Segunda Guerra Mundial, o Código Civil Grego, que entrou em vigor em 1946, veio em seu artigo 281 dispor que o exercício de um direito é proibido se exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do mesmo direito.<sup>118</sup> Verifica-se, aqui, forte influência da doutrina alemã da boa-fé.

Já o Código Civil Português, que entrou em vigor em 1967, dispôs em seu artigo 334: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

Nota-se que o artigo 187 do Código Civil Brasileiro é quase uma cópia do artigo 334 do Código Civil Português, que é praticamente idêntico ao artigo 281 do Código Civil Grego, que por sua vez foi inspirado na doutrina alemã da boa-fé.<sup>119</sup> Ainda que o diploma português

---

<sup>115</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 683.

<sup>116</sup> GALGANO, Francesco. *Il Doveri di Buona Fede e L'Abuso Del Diritto*. Disponível em: <[http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/files/019343\\_resource1\\_orig.pdf](http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/files/019343_resource1_orig.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2011, p. 30.

<sup>117</sup> Apud SIRENA, Pietro. *Il Diritto Europeo dei Contratti D'Impresa: Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 277-315.

<sup>118</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, 1983, p. 50.

<sup>119</sup> “O abuso do direito do Código grego é o produto da doutrina germânica; a sua aplicação desenvolveu-se porque e na medida em que essa doutrina foi efetivamente recebida pelos juristas gregos. O artigo 334º, apesar de ser fruto material dos codificadores gregos, equivale a decênios de doutrina germânica [...]” (CORDEIRO, António Menezes, 2009, p. 76).

tenha se inspirado no grego, que por sua vez se inspirou no alemão, provavelmente por razões linguísticas a doutrina brasileira sobre abuso está muito mais vinculada à portuguesa.

Para a doutrina portuguesa, são abusivas todas as hipóteses em que a invocação e aplicação de um preceito de lei resultar, no caso concreto, intoleravelmente ofensiva ao sentido ético-jurídico. O que juridicamente se entende por exercício abusivo de um direito é o comportamento que tenha a aparência de legalidade e, no entanto, viole a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício.<sup>120</sup>

Daí decorre que o comportamento abusivo não seria senão o exercício de um direito aparente, isto é, o direito na verdade não existiria ou não poderia ser invocado no caso concreto. A aparência estrutural de direito não seria integrada pela sua intenção normativa. A forma estaria presente, mas o valor ausente. Em outras palavras, a realidade fingiria o direito e o comportamento do titular violaria os limites materiais que resultariam do fundamento axiológico para a qualificação jurídica em termos de direito subjetivo.<sup>121</sup>

Por um critério um pouco diferente, pode-se dizer que haverá abuso de direito quando um comportamento, aparentando ser exercício de um direito, traduzir-se na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem.<sup>122</sup>

Nesse sentido, os direitos subjetivos são instrumentos de realização de necessidades. A invocação de um direito para legitimar comportamento inadequado à sua função seria espúria, não se tratando efetivamente de exercício de um direito, mas sim de aparência de um direito. Essa aparência seria o principal sinal distintivo entre o abuso de direito e a simples ilegalidade.

O abuso de direito retrata uma atuação humana consoante com as leis, mas que seria ilícita por contrariar o sistema na sua globalidade.<sup>123</sup>

Verifica-se a forte influência exercida pela doutrina portuguesa sobre a brasileira. É plenamente aplicável ao direito brasileiro a lição portuguesa de que a situação apenas

---

<sup>120</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, 1983, p. 19 e 22.

<sup>121</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 467.

<sup>122</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., p. 43.

<sup>123</sup> CORDEIRO, António Menezes, 2009, p. 68.

aparenta ser jurídica, mas na realidade o comportamento do titular do direito viola os limites que resultam do fundamento axiológico do direito.

O sistema estabelece exigências que se projetam no interior dos direitos subjetivos e, no caso concreto, é exatamente o desrespeito a essas exigências que leva ao abuso de direito. Um comportamento contrário ao sistema é disfuncional e essa disfuncionalidade constitui a base ontológica do abuso de direito.

## 5 REPRESSÃO DO ABUSO PELO DIREITO BRASILEIRO

Feitas as considerações acerca da evolução histórica da noção de abuso de direito e do desenvolvimento da teoria do abuso, cabe agora analisar a repressão do abuso pela legislação brasileira.

Vale esclarecer que a Lei 11.101/2005 não dedicou um artigo sequer ao abuso de direito, sendo absolutamente silente sobre a questão. Considerando a lacuna na Lei 11.101/2005, faz-se necessária a investigação da repressão do abuso por outras legislações pátrias, para que se possa, em seguida, verificar a sua aplicabilidade à recuperação judicial.

Para os fins deste trabalho, serão analisadas as disposições existentes no Código Civil, na Lei das Sociedades Anônimas, na Lei 12.529/2011 e no Código de Processo Civil, as quais guardam maior relevância para o estudo da repressão do abuso de direito na recuperação judicial.<sup>124</sup>

### 5.1 Código Civil

#### 5.1.1 Abuso de direito

O Código Civil expressamente prevê o abuso de direito como ato ilícito.<sup>125</sup> É o que dispõe o artigo 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo,

---

<sup>124</sup> Diversas outras legislações reprimem o abuso, tais como a Lei de Propriedade Industrial, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o Código Penal e a Lei 9.605/1998. O estudo dessas legislações, porém, foge do escopo deste trabalho.

<sup>125</sup> A doutrina debate se o abuso de direito seria efetivamente um ato ilícito ou se constituiria uma ilegalidade ou antijuridicidade. Dentre outros: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 604; CARPENA, Heloísa, 2003, p. 381; FRANÇA, Rubens Limongi. Abuso do direito. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 45; NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcellos. *Abuso no Exercício do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 40-41. Na linha do que lecionam Renan Lotufo e Sergio Cavalieri Filho, a redação do artigo 187 do Código Civil de 2002 é clara sobre a questão, determinando que se trata efetivamente de ilicitude, ainda que com características próprias (LOTUFO, Renan, 2004, p. 508; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007, p. 144).

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

Ruy Rosado de Aguiar Júnior chegou a dizer que a regra do citado artigo 187 talvez fosse a mais rica do ponto de vista do Direito das Obrigações, já que reúne, em um único dispositivo, os quatro princípios éticos que presidem o sistema: abuso de direito, fim social, boa-fé e bons costumes.<sup>126</sup>

O Código Civil acrescentou elementos valorativos e compreendeu o Direito como um sistema aberto, passando a análise da ocorrência do abuso por uma aferição axiológica. Nessa linha, deve o intérprete verificar se, ao exercer o direito, o titular excede manifestamente os seus fins econômicos ou sociais, a boa-fé ou os bons costumes, verificação essa que depende de uma valoração.

Alguns criticam a teoria do abuso de direito sob a alegação de que, ao dar ao juiz o papel de dizer o que é abusivo, o Código Civil lhe concedeu um poder muito grande, tornando o exercício de qualquer direito inseguro.<sup>127</sup>

Porém, não se vê como o Código Civil poderia, de forma completa e precisa, pré-estabelecer todas as hipóteses de abuso de direito. Se assim fizesse, cairia no risco de criar uma norma muito rigorosa, engessando e tolhendo a possibilidade de exercício dos direitos individuais, ou então fazer o contrário, instituindo uma norma insuficiente e restrita, que deixaria de cobrir todas as situações de abuso. Além disso, tornar-se-ia desatualizado com o tempo, não se adequando à evolução da sociedade. Assim, a norma criada no artigo 187 é adequada para reprimir o abuso, limitando o exercício dos direitos à sua finalidade, à boa-fé e aos bons costumes, que deverão ser verificados no caso concreto pelo juiz.

Conforme será verificado a seguir, inexistente no Código Civil o pressuposto da intenção subjetiva do titular do direito exercido abusivamente. Pode-se dizer, com tranquilidade, que o Código Civil adotou a teoria objetiva e finalista do abuso. De fato, admitir o abuso de direito somente se estivesse presente culpa ou dolo do titular do direito seria limitar a sua aplicação, tendo em vista a dificuldade prática de se comprovar o elemento subjetivo com que tenha agido o titular do direito.

---

<sup>126</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. As obrigações e os contratos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 9, set./dez. 1999, p. 31-39.

<sup>127</sup> Dentre outros que apresentam essa crítica, destacam-se os irmãos Mazeud, Bartin, Savatier, Ripert e Duguit (LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 230-231).

### 5.1.1.1 Exercício de um direito

Para a configuração do abuso, o artigo 187 do Código Civil exige o exercício de um direito pelo titular. Assim, se o ato prejudicial decorrer de algo que não seja um direito daquela pessoa que o exerceu, não haverá que se falar em abuso, pois não há como abusar daquilo que não se tem.<sup>128</sup>

Da mesma forma, se o exercício se deu por terceiro que não seja o titular do direito, também não haverá abuso. Poderá haver outras situações vedadas pelo ordenamento jurídico -- por exemplo, ato ilícito previsto pelo artigo 186 do Código Civil --, mas não abuso.

Uma primeira leitura do artigo 187 daria a impressão de que o abuso estaria limitado ao efetivo exercício de um direito, excluindo-se a omissão. A despeito da imprecisão do legislador, essa não é a melhor leitura. É possível que também haja abuso pelo titular de um direito que deixou de exercê-lo e, assim fazendo, excedeu os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

### 5.1.1.2 Fim econômico ou social

O artigo 187 do Código Civil também exige que o exercício do direito exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Logo de início, verifica-se que não será qualquer excesso que dará ensejo à aplicação da teoria do abuso, mas sim um excesso manifesto. O uso da palavra “manifesto”, no caso, equivale ao uso de palavras como patente, claro, evidente ou, transportando a expressão utilizada pelos portugueses<sup>129</sup>, “de modo clamoroso”.

---

<sup>128</sup> Cabe aqui, porém, observar mais uma lição de António Menezes Cordeiro: a palavra “direito” não se limita aos direitos subjetivos, também abrangendo qualquer “atuação jurídica disfuncional” (2009, p. 108).

<sup>129</sup> VAZ SERRA apud ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, 1983, p. 20.

Com relação aos limites impostos pelo fim econômico ou social do direito, vale lembrar que a todo direito corresponde um fim, uma razão para existir, um espírito.<sup>130</sup> É a razão da criação daquele direito especificamente que dará a chave para identificar a sua finalidade econômica e social.

Porém, na maior parte dos casos a lei não indica a finalidade do direito, sendo difícil determinar, especialmente no âmbito contratual, até onde o direito de uma pessoa pode ser exercido e a partir de que ponto o exercício se torna irregular.

O fim econômico do direito será o proveito material ou a vantagem que o seu exercício trará ao titular. É o fim pessoal, a busca da satisfação de uma necessidade pessoal.

Já o fim social será, em linhas gerais, o bem comum, a paz, a ordem, a solidariedade, a harmonia da coletividade.<sup>131</sup> É o fim de exercício do direito em prol da sociedade.

### 5.1.1.3 Boa-fé

Ao fazer menção aos limites impostos pela boa-fé, o Código Civil trata da boa-fé objetiva, regra de conduta, princípio, dever de agir. A boa-fé objetiva pressupõe que haja duas pessoas ligadas por uma determinada relação jurídica, que lhes imponha deveres de conduta. Os padrões de conduta referem-se a um modelo abstrato de pessoa (*bonus pater familias*). No âmbito da interpretação e execução dos contratos, a boa-fé se traduz em comandos que correspondem a três funções: interpretativa, de integração e de controle.<sup>132</sup> A função de controle é exatamente aquela traduzida no artigo 187 do Código Civil.

Se o exercício do direito violar esses limites, estará caracterizado o abuso, sob pena de se tutelar condutas contrárias à boa-fé e aos valores que constituem os pilares do ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>130</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, 1983, p. 17-18.

<sup>131</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio, 2007, p. 147 e 150.

<sup>132</sup> NORONHA, Fernando. *O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136-151.

A boa-fé objetiva exprime os valores fundamentais do sistema. Dizer que o exercício dos direitos deve respeitar a boa-fé equivale a dizer que, nesse exercício, devem-se observar os vetores fundamentais do sistema que atribui os direitos em causa.<sup>133</sup>

É também possível relacionar a boa-fé objetiva à própria consecução da finalidade dos direitos. Nesse sentido, a boa-fé objetiva é uma atuação pensando no parceiro contratual, respeitando seus interesses legítimos, expectativas razoáveis e direitos, bem como agindo com lealdade, sem abuso, sem causar lesão ou desvantagem excessiva e cooperando para o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.<sup>134</sup>

Uma questão que se coloca é se a própria teoria do abuso de direito poderia ser resumida na ideia de respeito à boa-fé (artigo 422 do Código Civil) ou se, diferentemente, a teoria do abuso teria uma relevância autônoma.

As situações de abuso que o ordenamento jurídico brasileiro coíbe provavelmente poderiam, em sua maioria, também ser coibidas como violação à boa-fé. Isso estaria em linha com o fato de a boa-fé ser o próprio fundamento das soluções impostas pelo ordenamento jurídico.

O verdadeiro critério do abuso de direito está ligado ao princípio da boa-fé, exigindo que cada parte exerça seus direitos com moderação.<sup>135</sup> Na Alemanha, como visto, o abuso de direito também costuma ser tratado em conjunto com o artigo 242 do BGB, que trata exatamente da boa-fé. Também no direito suíço, grego e português os dois institutos têm sido assimilados.

O abuso de direito exprime um nível de funcionalização dos direitos à realização dos interesses que o justificam, distinguindo-se, de certa forma, da boa-fé como regra de conduta. Porém, o princípio da boa-fé codetermina a definição da funcionalização dos direitos, relacionando-se assim ao abuso de direito.<sup>136</sup>

De fato, existe uma relação muito próxima entre abuso de direito e boa-fé, especialmente em matéria contratual. Essa relação decorre do fato de que ambas surgem com os mesmos

---

<sup>133</sup> CORDEIRO, António Menezes, 2009, p. 98.

<sup>134</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 181-182.

<sup>135</sup> NORONHA, Fernando, 1994, p. 370-371.

<sup>136</sup> PINTO, Paulo Mota, 2003, p. 321.

propósitos: “evitar abusos pelo titular de um direito, (relativizando-o) e impingir eticidade e elementos valorativos ao direito”.<sup>137</sup>

Independentemente de se associar conceitualmente o abuso de direito à boa-fé, é importante que o ordenamento jurídico apresente soluções justas e adequadas às situações concretas. A regra do artigo 187 do Código Civil é bastante útil para sancionar injustiças, definindo quando uma situação será considerada abusiva. Ainda que a maioria dessas situações também pudesse ser coibida pela aplicação do princípio da boa-fé objetiva, não há problema na coexistência de ambas as regras.

#### 5.1.1.4 Bons costumes

Os bons costumes refletem o conjunto das regras morais aceitas pela consciência social por um critério objetivo, no sentido ético imperante na comunidade social.<sup>138</sup>

Vale mencionar duas diferentes concepções em relação aos bons costumes: a sociológica, que leva em conta a posição social dominante, e a idealista, orientada por ditames de ordem filosófica ou religiosa.

Sob o aspecto dos bons costumes, pode-se identificar um conceito sociológico de abuso, que nem por isso deixa de configurar o ilícito a partir do momento em que exista lesão aos bons costumes.<sup>139</sup>

Um exemplo bastante atual de abuso de direito por violação aos bons costumes é o envio eletrônico de *spam* pela *internet*. Ao enviar mensagem eletrônica sem solicitação, o remetente exerce o seu direito em violação aos bons costumes, desrespeitando a privacidade do destinatário da mensagem.

A imposição do artigo 187 do Código Civil de respeito aos limites impostos pelos bons costumes demonstra a influência da moral e da ética sobre o direito.

---

<sup>137</sup> LUNARDI, Fabrício Castagna, 2008, p. 13.

<sup>138</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, 1983, p. 63-64.

<sup>139</sup> LEVADA, Cláudio Antônio Soares, 2005, p. 72.

### 5.1.1.5 Relação entre dano e abuso de direito

Fabrizio Castagna Lunardi entende que o abuso de direito que gera efeitos jurídicos não se confunde com o simples excesso ou com o mau exercício do direito; é necessário que cause dano a outrem.<sup>140</sup>

Discorda-se do referido autor. Diferentemente do que está previsto no artigo 186 do Código Civil (ato ilícito em geral), não há no artigo 187 qualquer menção ao dano. O dano não foi estabelecido como um pressuposto para a configuração do abuso de direito, considerando que, se fosse essa a intenção do legislador, assim teria feito expressamente.

Nesse sentido, o dano não pode ser compreendido como pressuposto do abuso. O abuso muitas vezes se traduz em uma simples pretensão abusiva -- e não dano efetivo --, podendo ser sancionado até mesmo preventivamente.<sup>141</sup>

Uma das diferenças entre os artigos 186 e 187 é exatamente a falta de referência ao dano no segundo, o que significa dizer que a ilicitude no caso de abuso poderá existir mesmo sem que seja causado dano a outrem.<sup>142</sup>

Também é essa a posição de Rui Stoco. O autor esclarece que, inexistindo dano, ainda assim o ato abusivo merece ser sancionado, considerando estar viciado e contaminado em sua formação. Independentemente da existência de dano, “o ato abusivo ofende a sociedade e a hignidez dele próprio”.<sup>143</sup>

A desnecessidade do dano para configurar abuso de direito não implica, porém, que possa haver reparação civil independentemente de dano. O artigo 927 do Código Civil é claro no sentido de que a reparação civil -- seja pelo artigo 186, seja pelo artigo 187 -- pressupõe que tenha sido causado dano a outrem. Em outras palavras, somente se for causado dano a outrem poderá haver indenização por abuso de direito.

### 5.1.2 Abuso da personalidade jurídica

---

<sup>140</sup> LUNARDI, Fabrizio Castagna, 2008, p. 12.

<sup>141</sup> NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcellos, 1999, p. 229.

<sup>142</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio, 2007, p. 144.

<sup>143</sup> STOCO, Rui, 2007, p. 123.

O Código Civil trouxe uma segunda hipótese de abuso. O artigo 50 estabelece a chamada desconsideração da personalidade jurídica, dispondo que, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir que os efeitos de determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi inicialmente concebida para evitar abuso da personalidade jurídica ou fraude, visando a evitar o uso desvirtuado da pessoa jurídica para descumprir obrigações e fraudar terceiros. Apesar de o Código Civil ter positivado a desconsideração da personalidade jurídica apenas em 2002, a jurisprudência já vinha há tempos aplicando-a na prática.<sup>144</sup>

Verifica-se que o Código Civil caracteriza o abuso da personalidade jurídica pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

A desconsideração da personalidade jurídica consiste em que, nas circunstâncias previstas, o juiz deixe de aplicar a clássica regra da distinção entre a sociedade e seus integrantes e determine que determinadas obrigações alcancem os sócios e/ou administradores. Nessas situações, estes não mais poderão se eximir da responsabilidade por trás da personalidade jurídica, fazendo dela uma simples fachada para ocultar uma situação danosa.<sup>145</sup>

Fábio Ulhoa Coelho explica que a desconsideração da personalidade jurídica deve ser sempre episódica, no caso concreto. Define duas subdivisões da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a saber, a “teoria menor” e a “teoria maior”.<sup>146</sup>

Pela “teoria menor”, seria possível a desconsideração sempre que a pessoa jurídica não tivesse patrimônio suficiente para quitar as suas obrigações, o que não seria razoável. Isso ocorre principalmente no âmbito do direito do consumidor, trabalhista, concorrencial e ambiental, onde se verifica uma relativização da personalidade jurídica, desconsiderando-a sempre que a pessoa jurídica for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos.

---

<sup>144</sup> Dentre outros: Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 158051-RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 22.9.1998; Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 86502-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 26.8.1996.

<sup>145</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 334. v. I.

<sup>146</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37. v. 2.

Já pela “teoria maior”, pretende-se preservar o instituto da personalidade jurídica, coibindo fraudes e abusos. A personalidade jurídica seria desconsiderada apenas em situações específicas, onde estivesse sendo usada de forma abusiva, desvirtuada ou com o intuito de fraudar. Para que a desconsideração seja possível, será necessário verificar a existência de fraude, abuso e/ou confusão patrimonial.

A desconsideração da personalidade jurídica não implica a decretação de nulidade ou a desconstituição da pessoa jurídica. Implica, sim, a sua ineficácia em determinadas situações, como apontado acima.<sup>147</sup> A personalidade jurídica continuará existindo para todo e qualquer outro ato.

## **5.2 Lei das Sociedades Anônimas**

### **5.2.1 Acionistas**

De uma forma geral, o legislador considerou abusivos os atos praticados em desconformidade com o interesse da companhia. Nesse sentido, o artigo 115 da Lei das Sociedades Anônimas sanciona o voto abusivo do acionista e o conflito de interesses. Nos termos do referido artigo, o acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia, considerando-se 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.

O parágrafo 1º do referido artigo proíbe o acionista de votar nas deliberações em que tiver interesse conflitante com o da companhia<sup>148</sup> e o parágrafo 3º prevê a responsabilidade do acionista pelos danos decorrentes do exercício abusivo do direito de voto, ainda que o voto não haja prevalecido. Nota-se que a Lei das Sociedades Anônimas coíbe o abuso por parte do acionista com um viés principiológico e orientador, independentemente de o voto ter prevalecido.

---

<sup>147</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, 2005, p. 334-335.

<sup>148</sup> Se o acionista votar nos casos em que esteja proibido de fazê-lo, o voto será nulo, nos termos do artigo 166, inciso VII, do Código Civil. O impedimento de voto não configura abuso de direito, mas sim nulidade *ex lege* em razão de conflito (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 493, 497 e 498. v. 2).

Já o parágrafo 4º prevê a anulabilidade da deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tenha interesse conflitante com o da companhia.

Há muito se entende que o direito de voto não é livre, mas sim deve ser exercido no interesse da companhia. É difícil conceituar o direito de voto como um verdadeiro direito subjetivo, tendo em vista que o acionista deve antepor ao seu interesse aquele da companhia. Nesse aspecto, é conveniente a formulação de Asquini do voto como um *diritto a doppia faccia*: de um lado, direito subjetivo que tutela o interesse do acionista; de outro, poder concedido ao acionista no interesse social.<sup>149</sup>

De forma semelhante ao Código Civil, a Lei das Sociedades Anônimas considera a finalidade do direito de voto e adota o critério objetivo da conduta, independentemente da intenção psicológica do acionista.<sup>150</sup>

No entanto, ainda que a Lei das Sociedades Anônimas adote o critério objetivo da conduta, as hipóteses legais de abuso do direito de voto presumem o dolo ou a culpa do acionista. É esse o posicionamento de Nelson Eizirik, com o qual se concorda, ao lecionar que (i) o voto com o fim de causar dano à companhia ou aos acionistas indica a emulação do acionista; e (ii) o voto com intuito de obter vantagem indevida para si ou para outrem, que resulte ou possa resultar prejuízo à companhia ou aos acionistas indica a distorção dolosa da finalidade do voto (o interesse social) e uma conduta visando à obtenção de vantagem ilegítima.<sup>151</sup>

Outrossim, nos termos do artigo 116 da Lei das Sociedades Anônimas, o acionista controlador tem o dever de usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, tendo deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

O artigo 117 da Lei das Sociedades Anônimas, por sua vez, prevê a responsabilidade do acionista controlador pelos danos causados pelos atos praticados com abuso de poder.<sup>152</sup> São

---

<sup>149</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes apud LUCCA, Newton De. Abuso do direito de voto de credor na assembleia-geral de credores prevista nos arts. 35 a 46 da Lei 11.101/2005. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 648.

<sup>150</sup> CARVALHOSA, Modesto, 2011, p. 500.

<sup>151</sup> EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. v. I, São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 655.

<sup>152</sup> Mesmo nos casos de abuso de poder no âmbito societário, fala-se em prática contrastante com o dever de boa-fé. É o que ensina o Fabrizio Guerrera sob a ótica do direito italiano: “Si gravita, piuttosto, nell’ambito delle

exemplos de exercício abusivo de poder atos como (i) a orientação da companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional ou o favorecimento de outra sociedade em prejuízo aos acionistas minoritários; (ii) a liquidação de companhia próspera ou a prática de operações societárias com o fim de obter vantagem indevida ou causar prejuízo a terceiros; (iii) a eleição de administrador ou fiscal sabidamente inapto moral ou tecnicamente; (iv) a indução à prática ou ratificação de ato ilegal; (v) a contratação em condições de favorecimento ou não equitativas, entre outros. O artigo 246 da Lei das Sociedades Anônimas atribui igual responsabilidade à sociedade controladora.

Os acionistas controladores devem cumprir com os deveres de lealdade, diligência e transparência e devem se abster de praticar atos e negócios com abuso ou desvio de poder e conflito de interesses. Nesse sentido, o artigo 117 da Lei das Sociedades Anônimas prevê modalidade de abuso qualificado, tendo em vista que o acionista controlador possui deveres fiduciários de conduzir a companhia para a consecução do objeto social e garantir o cumprimento do interesse social.<sup>153</sup> Existirá abuso exatamente quando o controlador buscar a consecução de interesses próprios, e não do interesse social.

De forma semelhante ao citado artigo 115, o artigo 117 também adota o critério objetivo da conduta, independentemente da intenção psicológica do acionista controlador.<sup>154</sup> Considera-se, para fins de responsabilização por abuso de poder, a existência de dano e o nexo causal entre o dano e a conduta do controlador.

### 5.2.2 Administradores

A Lei das Sociedades Anônimas também regula a conduta do administrador. De uma forma geral, optou por, de um lado, preservar a liberdade de atuação dos administradores, atribuindo-lhes poderes privativos<sup>155</sup>, e, de outro, regular o seu comportamento por padrões de conduta

---

pratiche vessatorie contrastanti con i doveri di correttezza e buona fede nei rapporti fra i soci e, conseguentemente, della tutela risarcitoria di carattere 'individuale'" (Abuso del voto e controllo "di correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare. *Rivista delle società*, Milano, genn./febr. 2002, p. 249).

<sup>153</sup> CARVALHOSA, Modesto, 2011, p. 624.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 500.

<sup>155</sup> Artigos 138, parágrafo 1º, 139 e 144 da Lei das Sociedades Anônimas.

abstratos, a serem contrastados com o comportamento específico do administrador no caso concreto.<sup>156</sup>

Os principais deveres dos administradores são diligência, cumprimento das finalidades, inexistência de desvio de poder, lealdade, inexistência de conflito de interesses, informação ao mercado e vigilância. Há uma série de outros deveres, mas eles acabam de alguma forma se relacionando aos deveres gerais acima mencionados.

Nos termos do artigo 154 da Lei das Sociedades Anônimas, que dispõe sobre a finalidade das atribuições e o desvio de poder, o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

O objeto social é o limite específico da discricionariedade de que desfrutam os administradores na condução dos negócios sociais. Nesse sentido, a atuação do administrador deve ser orientada pela realização do objeto social com o máximo de diligência. Além disso, ao fazer a companhia funcionar na realização do seu objeto social, deve atender às exigências do bem público e à função social da empresa, escolhendo, entre as diferentes opções disponíveis, a que melhor se conciliar com tais exigências.<sup>157</sup>

Como se verifica, o artigo 154 da Lei das Sociedades Anônimas trata do cumprimento das finalidades e do desvio de poder, e não expressamente do abuso de direito ou abuso de poder. Porém, a mais autorizada doutrina -- à qual se adere -- defende que a antijuridicidade do abuso de poder engloba o desvio de poder, sendo forma mais abrangente.<sup>158</sup>

Sabe-se que, do desempenho das funções dos administradores, podem resultar danos à companhia, aos acionistas e a terceiros. Os administradores não são apenas mandatários que executam decisões tomadas pelos acionistas; eles também tomam as suas próprias decisões e por elas devem responder. Em princípio, os administradores exteriorizam a vontade social e não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da companhia. Em algumas situações, porém, podem ser responsabilizados pessoalmente.

A regulamentação da responsabilidade civil dos administradores encontra-se no artigo 158 da Lei das Sociedades Anônimas. Decorre do citado artigo (i) a irresponsabilidade do

---

<sup>156</sup> Artigos 153 a 157 da Lei das Sociedades Anônimas.

<sup>157</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 456-457, v. 3.

<sup>158</sup> CARVALHOSA, Modesto, 2011, p. 622.

administrador por atos regulares de gestão (artigo 158, *caput*); e a sua responsabilidade por prejuízos decorrentes dos atos praticados (ii) dentro das suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo (artigo 158, inciso I) ou (iii) com violação à lei ou ao estatuto (artigo 158, inciso II).

A responsabilidade do administrador que agir com desvio de finalidade ou de poder enquadra-se no inciso II do artigo 158, já que o desvio de finalidade caracteriza violação ao artigo 154 da Lei das Sociedades Anônimas. Em linha com o que ensina a maioria da doutrina<sup>159</sup>, entende-se que, em caso de violação à lei ou ao estatuto, a culpa do administrador será presumida, operando-se a inversão do ônus da prova.

### 5.3 Lei 12.529/2011

Nos termos do artigo 173, parágrafo 4º, da Constituição Federal, a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros.

A Lei 12.529/2011 -- que entrou em vigor em 2012 e, dentre outras disposições, revogou dispositivos da Lei 8.884/1994 -- estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão do abuso do poder econômico.

Para reprimir o abuso, a lei presume que o poder econômico que visa à dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros é abusivo.<sup>160</sup> Como

---

<sup>159</sup> Dentre os que defendem essa posição, pode-se mencionar: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 5997; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas. Revista de Direito Mercantil - industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, v. 42, abr./jun. 1981, p. 80; BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 424; LACERDA, José Cândido Sampaio de. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. v. 3, São Paulo: Saraiva, 1978, p. 206; VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 319.

<sup>160</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Da abusividade do poder econômico. Revista de Direito Econômico*, Rio de Janeiro, v. 21, p. 23, out./dez. 1995.

ensina Paula Andrea Forgioni, o abuso do poder econômico reflete abuso da liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência etc.<sup>161</sup>

A lei não define o que constitui abuso do poder econômico, mas sim estabelece os seus efeitos e indica algumas condutas que o caracterizam.

Nesse sentido, nos termos do artigo 36 da Lei 12.529/2011, constituem infração contra a ordem econômica, independentemente de culpa, os atos que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

O parágrafo 3º do referido artigo exemplifica algumas condutas que caracterizam infração contra a ordem econômica, tais como acordar, combinar, manipular ou ajustar preços com concorrente, limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado, criar dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente ou fornecedor, adquirente ou financiador, recusar a venda de bens ou a prestação de serviços dentro das condições de pagamento normais, entre outras.

Para identificar se uma determinada conduta caracteriza abuso de poder econômico, deve-se verificar o seu objetivo e os seus efeitos no mercado, nos termos dos citados dispositivos da Constituição Federal e da Lei 12.529/2011.

#### **5.4 Código de Processo Civil**

O Código de Processo Civil também reprime o abuso de direito. Enumera os deveres das partes e dos procuradores no artigo 14 para, em seguida, regular a responsabilidade das partes por dano processual decorrente de litigância de má-fé, nos artigos 16, 17 e 18.

Nesse sentido, o diploma processual estabelece que as partes devem expor os fatos em juízo de forma verdadeira, não deduzir pretensões ou alegações sem fundamento, não

---

<sup>161</sup> O poder econômico em si não é um direito, mas sim um fato ou uma situação que permite ao agente econômico indiferença e independência no mercado. Assim, o abuso do poder econômico não seria exatamente abuso de um direito, mas abuso de um fato ou de uma posição (FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 264-265).

produzir provas ou praticar atos inúteis ao processo, cumprir com as decisões judiciais, não criar obstáculos à sua efetivação e, de forma geral, agir com lealdade e boa-fé.

O Código de Processo Civil não apresenta uma definição genérica do abuso de direito processual, mas sim enumera os comportamentos dos litigantes que ensejam a qualificação da parte como litigante de má-fé.<sup>162</sup>

Nesse sentido, constam do artigo 17 do Código de Processo Civil as situações em que o litigante é reputado de má-fé. Tais situações são a dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, a alteração da verdade dos fatos, o uso do processo para conseguir objetivo ilegal, a oposição de resistência injustificada ao andamento do processo, a atitude temerária em qualquer incidente ou ato do processo, a apresentação de incidentes manifestamente infundados e a interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório.

No referido artigo, o Código de Processo Civil reprime o abuso processual, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça.<sup>163</sup> De fato, a sanção da litigância de má-fé decorre da ausência de comportamento ético das partes, em violação aos deveres previstos no Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil procura refrear os impulsos dos litigantes de empregar artifícios escusos visando a utilizar o processo com o objetivo de produzir efeitos contrários ao seu espírito e finalidade. Verifica-se que o diploma processual deu maior expressão ao dever de veracidade e probidade processual, bem como ao dever de lealdade e boa-fé.

O abuso não está no fato de a parte se defender, mas sim no manifesto desvio do direito de defesa para transformá-lo em obstáculo ao andamento regular do feito.

O Código de Processo Civil também coíbe o abuso processual em diversos outros dispositivos, tais como os artigos 538, parágrafo único, e 740, parágrafo único, que punem a apresentação de recursos manifestamente protelatórios.

## **5.5 Abuso de direito como princípio**

---

<sup>162</sup> THEODORO JR., Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 344, p. 43, out./dez. 1998.

<sup>163</sup> Recurso Especial 1169415 / RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 6.12.2011.

Apesar de a repressão do abuso de direito estar expressa em diversos dispositivos legais, como examinado anteriormente, cabe indagar se ela poderia ser considerada um verdadeiro princípio geral do direito brasileiro.

Os princípios podem ser compreendidos como pontos de partida, regras constitutivas, proposições ou premissas que não podem ser demonstradas, “por serem justamente primeiros”.<sup>164</sup>

O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Os princípios são utilizados como instrumentos auxiliares para lidar com lacunas na legislação brasileira. São normas gerais, de maior abstração, aplicáveis aos casos não perfeitamente tipificados na lei.

Pela teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy, é fundamental distinguir regras e princípios. Os princípios são normas que ordenam a realização de algo na medida do possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas. São, nesse sentido, mandamentos de otimização e possuem uma dimensão de peso. Diferentemente, as regras impõem deveres definitivos e possuem uma dimensão de validade. Assim, a principal distinção entre regras e princípios está na sua diferente estrutura normativa.<sup>165</sup>

A repressão do abuso constitui uma norma de maior abstração, tendo o legislador propositadamente utilizado conceitos abertos. Mais ainda, a repressão do abuso constitui um mandamento de otimização, na medida em que não impõe um dever definitivo, mas sim um dever de conduta a ser seguido sempre que possível.

Nesse sentido, a repressão do abuso exige a compatibilização do exercício dos direitos com os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons costumes. Viu-se que a repressão do abuso insere-se na busca do justo, tendo a missão de equilibrar os interesses em jogo e verificar as razões que legitimam o exercício dos direitos, sancionando os atos que, apesar de estarem fundamentados em um direito aparente, violam a finalidade econômica ou social desse direito, a boa-fé ou os bons costumes.

---

<sup>164</sup> LOPES, José Reinaldo Lima apud PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade, 2009, p. 15.

<sup>165</sup> Apud PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade, 2009, p. 15-16.

Diante disso, entende-se que a repressão do abuso constitui verdadeiro princípio do direito brasileiro, constituindo um alicerce do ordenamento jurídico e condicionando e orientando a sua correta compreensão.<sup>166</sup>

Vale esclarecer que o fato de diversos dispositivos legais expressamente reprimirem o abuso de direito, tanto no Código Civil quanto em outros diplomas legais, não impede que se considere a repressão do abuso como um princípio geral de direito. Isso porque a positivação de um mandamento não impossibilita a sua caracterização como princípio.<sup>167</sup> Pelo contrário, há vários outros princípios -- tais como o princípio da boa-fé objetiva, da igualdade e da legalidade -- que estão positivados no ordenamento jurídico brasileiro e não por isso deixam de ser princípios.

## 5.6 Abuso de direito como cláusula geral

Outro questionamento que se coloca é se a repressão do abuso de direito poderia ser também considerada uma cláusula geral do ordenamento jurídico brasileiro.

As cláusulas gerais permitem o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou implícitos, de regras de conduta e modelos de comportamento, de normas constitucionais e diretivas econômicas, sociais e políticas. São formulações de caráter genérico e abstrato, que permitem o ingresso de valores a serem preenchidos pelo intérprete.

As cláusulas gerais buscam a formulação da hipótese legal empregando conceitos intencionalmente imprecisos e abertos, também chamados de indeterminados. Judith Martins-Costa explica que, em outros casos, as cláusulas gerais são intencionalmente desenhadas “como uma vaga moldura”, permitindo [...] a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas”.<sup>168</sup>

---

<sup>166</sup> Sob a ótica do direito comercial, Modesto Carvalhosa (2011, p. 500) e Paula Andrea Forgioni (2012, p. 266) chegaram à mesma conclusão.

<sup>167</sup> PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade, 2009, p. 21-22.

<sup>168</sup> O ingresso de conceitos externos não leva à pura discricionariedade do intérprete. As cláusulas gerais atuam como “metanormas”, enviando o juiz para critérios determináveis e valorações objetivamente válidas na

Vale acrescentar que as cláusulas gerais garantem a mobilidade do ordenamento jurídico. Não são exatamente princípios, mas a maioria delas os contém ou permite sua formulação. É possível, entretanto, que algumas normas sejam ao mesmo tempo princípio e cláusula geral, o que ocorre, por exemplo, com a boa-fé objetiva.<sup>169</sup>

Parte da doutrina sustenta que o abuso de direito é uma cláusula geral com aplicação não apenas às relações reguladas pelo Código Civil, mas a todo direito privado.<sup>170</sup>

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery possuem entendimento diferente. Para eles, inobstante haja o dever legal de observância das cláusulas gerais de boa-fé, bons costumes e exercício do direito de acordo com seus fins econômicos e sociais, quando há desobediência a esses critérios e ocorre efetivamente o abuso de direito, estaria configurada a figura do conceito legal indeterminado, onde o sistema legal já tem a solução predeterminada para o caso: a ilicitude. Concluem que o abuso não é cláusula geral, pois a solução já está predeterminada pela lei, não podendo ser criada pelo juiz no caso concreto. Nesse sentido, o abuso não seria “mero princípio porque possui concretude (a lei dá a solução)”.<sup>171</sup>

Cláudio Antônio Soares Levada concorda com o referido posicionamento, ressalvando apenas que o abuso deve ser enquadrado como conceito legal determinado pela função e não indeterminado.<sup>172</sup> Conclui que cabe ao juiz dar concreção ao conceito de abuso, considerando as peculiaridades do caso e um critério axiológico de análise teleológica da norma.<sup>173</sup>

---

sociedade (MARTINS-COSTA, Judith, *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 286 e 299). Fabrício Castagna Lunardi acrescenta que “a doutrina e a jurisprudência, diante da análise de casos concretos, têm a importante função de traçar os contornos de tais cláusulas. [...] Vale dizer, para que se afaste da interpretação ditada pela doutrina e jurisprudência, tem de se utilizar um maior esforço argumentativo” (2008, p. 7).

<sup>169</sup> MARTINS-COSTA, Judith, op. cit., p. 316, 323 e 341.

<sup>170</sup> “Considerada sua máxima abstração e generalidade, é possível afirmar que a norma em tela constitui verdadeira ‘cláusula geral’, pois compreende princípios gerais do direito e do direito privado. Não haveria sentido se surtisse efeitos apenas e tão-só no campo da responsabilidade civil extracontratual. Se assim fosse, não se justificaria sua inserção na parte geral do Código Civil: perder-se-ia a possibilidade de se extrair da norma todos os benefícios que poderia proporcionar, como um mecanismo de adequação da lei à realidade social” (GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello, 2007, p. 94). No mesmo sentido: MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 246.

<sup>171</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7. ed. rev., ampl. e atual. até 25.8.2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 392.

<sup>172</sup> LEVADA, Cláudio Antônio Soares, 2005, p. 42.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 194.

O artigo 187 do Código Civil contém e faz remissão a três cláusulas gerais de suma importância para o direito brasileiro: exercício do direito nos limites do seu fim social e econômico, boa-fé e bons costumes.

Como já apontado, o legislador intencionalmente utilizou conceitos abertos e incorporou regras de conduta visando à formulação de uma nova norma, aplicável não apenas em âmbito extracontratual, como também contratual.

Diante da definição e alcance das cláusulas gerais, bem como do fato de que o artigo 187 do Código Civil contém e faz remissão a três reconhecidas cláusulas gerais, entende-se que, além de constituir um princípio, a repressão do abuso de direito constitui uma cláusula geral implícita nas relações contratuais e obrigacionais.

Ainda que o Código Civil estabeleça a solução no caso de abuso de direito (caracterização do ato ilícito), não estabelece as consequências do abuso, como será explicado na seção 9.1 abaixo. Assim, caberá ao juiz identificar o abuso, reconhecer o ato ilícito e, considerando as peculiaridades do caso, atribuir as consequências necessárias para proporcionar a reparação integral do dano, incluindo obrigação de indenizar, providências cominatórias, desfazimento do ato, obrigação de não-fazer, entre outras.

## 6 ABUSO DE DIREITO NOS CONTRATOS

Considerando a conclusão a que se chegou na seção 2.1.2, no sentido de que o plano de recuperação tem natureza contratual, faz-se necessário o estudo do abuso de direito nos contratos para que se possa, em seguida, adentrar o estudo do abuso de direito na recuperação judicial.

### 6.1 Abuso em matéria contratual

Como visto anteriormente, o artigo 187 do Código Civil estabelece que o exercício de um direito em manifesto desrespeito aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes configura ato ilícito. O artigo 187, inserido na Parte Geral do Código Civil, aplica-se tanto ao exercício de um direito previsto em lei, quanto ao exercício de um direito estabelecido em contrato.<sup>174</sup>

O Código Civil prevê a indispensável necessidade de integrar o contrato na sociedade, como meio de realizar os fins sociais. Os artigos 421 e 422, que tratam especificamente dos contratos, requerem que a liberdade de contratar seja exercida em razão e nos limites da função social do contrato, bem como que os contratantes observem os princípios de probidade e boa-fé na conclusão e na execução do contrato. Em matéria de contratos, a leitura desses artigos deve ser feita em conjunto com o citado artigo 187.<sup>175</sup>

A função primordial do contrato é servir como instrumento da liberdade de iniciativa econômica.<sup>176</sup> O contrato deve ser justo e equilibrado, contribuindo para a realização do bem comum, do que é útil e justo socialmente. Se não for, não haverá interesse social no cumprimento.<sup>177</sup>

---

<sup>174</sup> O contrato caracteriza negócio jurídico por excelência, sendo espécie do gênero ato jurídico (GOMES, Orlando, 2007, p. 4). O ato jurídico, por sua vez, pode ser lícito ou ilícito, sujeitando-se, conforme o caso, aos artigos 185 ou 186 a 188 do Código Civil.

<sup>175</sup> GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello, 2007, p. 93.

<sup>176</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 310.

<sup>177</sup> O contrato torna-se injusto se houver uma situação de desequilíbrio que não seja razoável. Nesse sentido, a essência dos negócios sinalagmáticos é a reciprocidade das obrigações, as quais devem ser equilibradas (LOTUFO, Renan, 2004, p. 439).

Nesse aspecto, a ideia de abuso contrapõe-se à de equilíbrio. A quebra do equilíbrio contratual pode configurar a abusividade das respectivas cláusulas, acarretando responsabilidade por abuso contratual.<sup>178</sup>

O contrato tem a finalidade econômica de fazer circular riquezas. Se uma das partes o utiliza como instrumento de opressão à contraparte, exigindo prestações espúrias, estará abusando do direito de contratar.<sup>179</sup>

De forma semelhante, haverá abuso de direito se, ao cobrar a dívida, o credor praticar atos ofensivos ao devedor. Na simples cobrança da dívida, porém, não há abuso. O abuso repousa na utilização de meios de cobrança ofensivos à finalidade do direito (buscar o adimplemento da prestação), à boa-fé ou aos bons costumes. A esse respeito, se a impossibilidade de adimplemento da prestação pelo devedor já era conhecida pelo credor antes de firmado o pacto, também poderá haver abuso de direito.<sup>180</sup>

Cláudio Antônio Soares Levada faz uma interessante associação entre as teorias do abuso e da imprevisão, trazendo o conceito de “abuso por oportunismo”. Segundo ele, é possível associar a imprevisão ao abuso, contanto que “a parte beneficiada aproveite-se da situação imprevista, não causada por ela, e tire dela a maior vantagem pessoal possível. Haverá então modalidades [*sic*] de abuso por oportunismo”.<sup>181</sup>

Josserand resume quatro hipóteses de abuso em matéria contratual. São elas: (i) nas relações entre os contratantes, quando uma das partes contratar visando a causar prejuízo à outra ou alcançar benefício injusto; (ii) em relação aos credores de um dos contratantes, por exemplo no caso de fraude -- a ação pauliana seria uma aplicação da teoria do abuso de direito<sup>182</sup> --; (iii) em relação a terceiros que não sejam credores dos contratantes, mas que sejam afetados, por exemplo, no caso de concorrência desleal; e (iv) nos casos de abuso contra a ordem pública e os bons costumes.<sup>183</sup>

---

<sup>178</sup> LEVADA, Cláudio Antônio Soares, 2005, p. 85.

<sup>179</sup> LUNARDI, Fabrício Castagna, 2008, p. 9.

<sup>180</sup> LEVADA, Cláudio Antônio Soares, op. cit., p. 98.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 191.

<sup>182</sup> Pedro Baptista Martins critica esse entendimento, asseverando que “a fraude pauliana que, na execução dos contratos, se pode praticar com o fito de lesar credores, não constitui modalidade do abuso do direito, tal como se dá com a execução de outros contratos lesivos dos interesses de terceiros. São atos que não transcendem somente os limites subjetivos, mas também os limites objetivos do direito, integrando-se por isso na categoria dos atos realizados *in jure*” (1997, p. 42-43).

<sup>183</sup> Apud BESSONE, Darcy. *Do Contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 233-234.

Citam-se alguns exemplos de abuso em matéria contratual: (i) o protesto de cheque prescrito, por violação à finalidade econômica do título; (ii) a recusa da seguradora em honrar com a cobertura prevista em plano de saúde, por violação à finalidade econômica e social do seguro e da boa-fé; e (iii) a inclusão de nome de devedor nos sistemas de proteção do crédito em razão do descumprimento de contrato que se encontra em discussão judicial, por violação à boa-fé e aos bons costumes.

Para Judith Martins-Costa, o direito de resolução contratual pode ser inibido pelo princípio da boa-fé quando o seu exercício caracterizar conduta incompatível com os deveres de lealdade e cooperação, por exemplo, no caso de as obrigações contratuais terem sido substancialmente adimplidas.<sup>184</sup> Aí estaria mais um exemplo de abuso de direito nos contratos.

Marcelo Benacchio, analisando a possibilidade de responsabilização de instituição financeira pela concessão de crédito, dá mais um exemplo de abuso. Seria abusiva a concessão de crédito descuidada e desmedida, em interesse próprio da instituição financeira e desconsiderando as relações jurídicas travadas pelo financiado com terceiros.<sup>185</sup> Observa-se apenas que, para constatar o abuso por parte da instituição financeira, seria necessário analisar, no caso concreto, se ela atuou com comprovada falta de diligência e lealdade e violando os princípios e regras que disciplinam a concessão prudente de crédito, considerando a enorme dificuldade de o credor antecipar as reais possibilidades de pagamento pelo devedor.

Pode haver abuso de direito tanto no curso do contrato quanto nas fases pré e pós-contratual. A título exemplificativo, pode-se citar o rompimento abusivo das tratativas<sup>186</sup>, a

---

<sup>184</sup> MARTINS-COSTA, Judith, 1999, p. 459.

<sup>185</sup> Dá como exemplo a concessão de crédito com base em garantia real, mesmo estando o banco ciente de que o financiado não teria condições econômicas e gerenciais de quitar a dívida e/ou estaria à beira da falência (BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade Civil do Banco por Concessão Abusiva de Crédito. In: WAISBERG, Ivo; FONTES, Marcos Rolim Fernandes (Coord.). *Contratos Bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 442 e 444).

<sup>186</sup> Jorge Mosset Iturraspe esclarece que a ruptura das tratativas não pode ocorrer de modo irregular ou antifuncional, sob pena de constituir abuso de direito: “[...] abusa de su derecho quien se aleja sin cumplimentar los deberes que emergen para las partes durante esse período de formación del contrato, quien se aparta sin explicación alguna, o em um momento particularmente perjudicial para el outro tratante, o quien lo hace sin razón suficiente” (*Interpretación económica de los contratos*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 130).

divulgação abusiva de informações confidenciais e a contratação de funcionário visando ao aproveitamento de segredos adquiridos com o antigo patrão.<sup>187</sup>

Como visto, o conceito de abuso é aberto e valorativo, devendo ser aplicado no caso concreto pelo juiz. É possível verificar uma predominância das decisões judiciais que fazem remissão à boa-fé, à lealdade e a um critério de razoabilidade e proporcionalidade no exercício dos direitos, buscando efetivamente um critério de justiça e equilíbrio.

Pode-se mencionar julgado do Superior Tribunal de Justiça determinando que a cláusula que permite que uma instituição financeira se aproprie dos recursos existentes em conta mantida por cliente para pagamento dos salários dos seus empregados é abusiva, constituindo cobrança extrajudicial por mãos próprias.<sup>188</sup> O acórdão remete ao princípio da boa-fé objetiva.

Há também julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no sentido de que as cláusulas que autorizam a apropriação pela instituição financeira de recursos de clientes são abusivas pelo fato de os clientes não serem previamente notificados sobre e/ou não anuírem expressamente com a utilização dos recursos, existirem outros meios adequados para a cobrança da dívida e, em alguns casos, a instituição financeira estar cobrando parcela da dívida ainda não vencida.<sup>189</sup> Os acórdãos remetem ao equilíbrio contratual e à necessidade de estabelecer um contrato justo.

Ao analisar a jurisprudência sobre o tema da abusividade nos contratos, verifica-se que a tendência é a da efetiva comprovação da abusividade na situação concreta, levando em consideração as condições normais de mercado em casos similares. Nesse aspecto, a jurisprudência está se distanciando de “tópicos formais ou teses sem fundamento econômico” e se tornando mais fática, baseada na comprovação de abusos reais.<sup>190</sup>

## 6.2 Necessidade de cautela no reconhecimento do abuso

<sup>187</sup> BESSONE, Darcy, 1997, p. 238.

<sup>188</sup> Recurso Especial 250.523-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 19.10.2000.

<sup>189</sup> Apelação 9081534-66.2007.8.26.0000, 20ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luis Carlos de Barros, julgado em 21.2.2011; Agravo de Instrumento 7.045.626-3, 20ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luis Carlos de Barros, julgado em 31.1.2006; e Apelação 9108349-66.2008.8.26.0000, 23ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. J. B. Franco de Godói, julgado em 6.4.2011.

<sup>190</sup> WALD, Arnoldo; WAISBERG, Ivo. Legislação, Jurisprudência e Contratos Bancários. In: WAISBERG, Ivo; FONTES, Marcos Rolim Fernandes (Coord.), 2006, p. 52.

Diante do que foi dito, a teoria do abuso de direito tem ampla aplicação aos contratos. No final, o que se procura é atribuir um critério de controle com base na razoabilidade, equilíbrio e proporcionalidade do exercício dos direitos, visando a assegurar a justiça.

Vale observar que o modelo atualmente adotado no Brasil procura afirmar a importância da vontade dos contratantes iguais e, ao mesmo tempo, tutelar as relações entre contratantes desiguais, que não têm condições de negociar os contratos de forma equilibrada. Daí decorre que a lei brasileira seja aplicada de forma supletiva na relação entre contratantes iguais e de forma cogente na relação entre contratantes desiguais.<sup>191</sup>

O contrato não pode ser reduzido a uma operação econômica, devendo ser compreendido como um fenômeno jurídico inserido dentro de um contexto social. Da mesma forma, não se nega que o Judiciário possa intervir em uma relação jurídica de modo a corrigir situações de desequilíbrio e garantir que o contrato obedeça à sua função social. Porém, é necessário ter cuidado com a limitação da autonomia privada sob a justificativa de abuso de direito, de modo a evitar que o juiz, ao utilizar uma ideia discricionária do que seria um exercício justo e regular do direito, acabe desvirtuando a própria função social do contrato e criando uma situação de injustiça.

Na linha do pensamento de José Joaquim Gomes Canotilho, se o direito privado deve adotar os princípios gerais dos direitos e as garantias fundamentais, estes também devem “reconhecer um espaço de auto regulação civil, evitando transformar-se em ‘direito de não-liberdade’ do direito privado”.<sup>192</sup>

Assim, é necessário o bom senso por parte dos intérpretes, a fim de que utilizem com cautela a versatilidade interpretativa que a lei lhes confere, de modo a evitar que a vontade individual seja excessivamente tolhida em nome de uma ideia relativa de justiça, que, no final, pode se tornar injusta para a coletividade e desvirtuar a própria função social do contrato.

---

<sup>191</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, 2008, p. 17.

<sup>192</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 113.

## 7 APLICAÇÃO DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Analisada a aplicação da teoria do abuso de direito aos contratos, cabe agora analisar a sua aplicação à recuperação judicial. Retomando a argumentação exposta no início deste trabalho, investigar-se-á neste capítulo a possibilidade de aplicação à recuperação judicial, em caráter subsidiário, da regulamentação do abuso pela legislação brasileira, considerando que a Lei 11.101/2005 é absolutamente silente sobre a questão.

### 7.1 Aplicação do Código Civil

Alguns autores defendem a aplicação subsidiária do Código Civil à Lei 11.101/2005, mas poucos deles se preocupam em justificar a possibilidade de tal aplicação.

Por exemplo, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França defende a aplicação subsidiária do Código Civil à Lei 11.101/2005, mas não explica detalhadamente as razões pelas quais essa aplicação estaria autorizada.<sup>193</sup> Já Gladson Mamede defende a aplicação supletiva do regime de supressão do abuso de direito previsto no Código Civil e na Lei das Sociedades Anônimas ao voto exercido pelo credor em processo de recuperação judicial, mas também não justifica a sua opinião.<sup>194</sup>

Newton De Lucca é um dos poucos que se dedicou a analisar o tema com mais profundidade. O autor reconhece a inexistência de previsão específica sobre abuso de direito na Lei 11.101/2005 e justifica a aplicação, por analogia, do artigo 187 do Código Civil, do artigo 115 da Lei das Sociedades Anônimas e dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/1994<sup>195</sup> ao exercício do direito de voto de credor em assembleia-geral de credores. O autor fundamenta a possibilidade de tal aplicação no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, bem como no artigo 126 do Código de Processo Civil. Segundo ele, inexist

---

<sup>193</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 21.

<sup>194</sup> MAMEDE, Gladson. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 227. v. 4.

<sup>195</sup> A repressão do abuso do poder econômico é atualmente regida pela Lei 12.529/2011.

justificativa para o afastamento da analogia, “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...”<sup>196</sup>

Ely de Oliveira Faria também analisa o tema. Para ele, a repressão do abuso de direito na recuperação judicial se justifica pelo fato de se tratar de “princípio informador do direito”. Mais do que isso, o autor entende que o Código Civil possui aplicação supletiva a todas as normas de direito privado.<sup>197</sup>

Entende-se que a disciplina do abuso de direito prevista no Código Civil tem aplicação subsidiária à recuperação judicial por quatro razões.

Primeiro porque a Lei 11.101/2005 é silente sobre a matéria, justificando o recurso à analogia, em linha com o que dispõem o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e o artigo 126 do Código de Processo Civil.

Segundo porque a repressão do abuso de direito constitui princípio geral de direito, conforme visto na seção 5.5, podendo ser aplicado no caso de lacuna na lei, nos termos dos citados artigos 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e 126 do Código de Processo Civil.

Terceiro porque o plano de recuperação tem natureza contratual, conforme visto na seção 2.1, sujeitando-se ao regime aplicável aos negócios jurídicos no Código Civil, aí incluído o artigo 187, que caracteriza o abuso de direito como ato ilícito.

E quarto porque a repressão do abuso de direito constitui cláusula geral implícita nas relações contratuais, conforme visto na seção 5.6, e o plano de recuperação caracteriza uma relação contratual.

---

<sup>196</sup> Apesar de o texto não explicitar exatamente quais artigos poderiam ser aplicados por analogia, mas sim se referir genericamente às “normas retro mencionadas”, entende-se que o autor quis se referir ao artigo 187 do Código Civil, ao artigo 115 da Lei das Sociedades Anônimas e aos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/1994 (àquela época em vigor), considerando terem sido eles mencionados nas páginas anteriores do texto (LUCCA, Newton De, 2011, p. 650-652).

<sup>197</sup> FARIA, Ely de Oliveira, 2010, p. 43. Adriana Lucena, também administradora judicial, possui o mesmo entendimento (Abuso do Direito Creditório: Lei 11.101/2005. *Revista de Direito Empresarial e Recuperacional*, São Paulo, 2010, p. 141-142).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já se manifestou no sentido de que a repressão do abuso prevista no Código Civil se aplica à recuperação judicial, considerando a natureza contratual do plano.<sup>198</sup>

Observa-se, porém, que, anteriormente à aprovação do plano de recuperação, não há que se falar em contrato. Há apenas uma proposta de contrato pelo devedor, ainda pendente de aceitação pelos credores e homologação pelo juízo da recuperação.

Assim, em relação aos atos praticados anteriormente à aprovação do plano (por exemplo, sua eventual rejeição abusiva pelos credores), a repressão do abuso de direito não poderia estar fundamentada na natureza contratual do plano, considerando a inexistência de um contrato. Nesses casos, a repressão do abuso estaria fundamentada nos já referidos artigos 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e 126 do Código de Processo Civil, considerando a semelhança entre as situações (recurso à analogia) e se tratar de princípio geral de direito.

## 7.2 Aplicação da Lei das Sociedades Anônimas

Apesar de também não justificarem detalhadamente a sua opinião, Julio Kahan Mandel<sup>199</sup> e Ely de Oliveira Faria<sup>200</sup> sustentam a aplicação, por analogia, do regime de controle do abuso de voto previsto na Lei das Sociedades Anônimas à recuperação judicial.

A análise da possibilidade de aplicação subsidiária da disciplina do abuso de voto pelos acionistas e do abuso do poder de controle prevista na Lei das Sociedades Anônimas deve ser feita no caso concreto.

Considerando a acima citada imposição do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e do artigo 126 do Código de Processo Civil, a aplicação da Lei das Sociedades Anônimas somente estaria autorizada nos casos em que as situações fossem

---

<sup>198</sup> Agravo de Instrumento 0264287-08.2011.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 31.7.2012.

<sup>199</sup> MANDEL, Julio Kahan. *Da convolação da recuperação judicial em falência*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, ano 10, n. 36, abr./jun. 2007, p. 249.

<sup>200</sup> FARIA, Ely de Oliveira, 2010, p. 47.

efetivamente semelhantes e houvesse lacuna na Lei 11.101/2005, justificando o recurso à analogia.

Nesse sentido, para verificar a possibilidade de aplicação subsidiária da Lei das Sociedades Anônimas, deverá o juiz questionar se o recurso à analogia possibilitará o tratamento adequado e justo da controvérsia ou se, ao contrário, acabará equiparando situações distintas e desvirtuando o espírito da Lei 11.101/2005.

A título exemplificativo, entende-se que a disposição relativa ao conflito de interesses (artigo 115, parágrafo 1º, da Lei das Sociedades Anônimas) não poderia ser aplicada por analogia aos credores na recuperação judicial. Como visto, a Lei das Sociedades Anônimas considera que os acionistas estão proibidos de votar em matérias onde possuam conflito de interesses com a companhia. Diferentemente, a Lei 11.101/2005 não estabelece tal proibição de voto em assembleia-geral de credores. A inexistência de proibição de voto de credores em situação de conflito de interesses não decorre de uma lacuna na Lei 11.101/2005, mas sim de uma vontade manifesta do legislador, até porque expressamente previu nos artigos 39, parágrafo 1º, e 43 as hipóteses de proibição de voto.

Ao mesmo tempo, entende-se que as disposições da Lei das Sociedades Anônimas relativas à responsabilidade por abuso do direito de voto pelos acionistas (artigo 115, parágrafo 3º, da Lei das Sociedades Anônimas), ao abuso do poder de controle (artigo 117 da Lei das Sociedades Anônimas) e à responsabilidade dos administradores (artigos 154 e 158 da Lei das Sociedades Anônimas) têm ampla aplicação à recuperação judicial. Esse tema será aprofundado nas seções 8.3.2 e 8.3.3.

### **7.3 Aplicação da Lei 12.529/2011**

A análise da possibilidade de aplicação subsidiária da disciplina do abuso do poder econômico prevista na Lei 12.529/2011 deve ser feita no caso concreto. A exemplo do que ocorre em relação à Lei das Sociedades Anônimas, tal aplicação também estaria autorizada nos casos em que as situações fossem efetivamente semelhantes e houvesse lacuna na Lei 11.101/2005.

Para que seja aplicada a disciplina do abuso do poder econômico prevista na Lei 12.529/2011, será necessário verificar o objetivo dos credores ao exercer o direito de voto e os efeitos decorrentes ou que poderiam decorrer do exercício desse direito. A questão será analisada na seção 8.2.2.

#### **7.4 Aplicação do Código de Processo Civil**

O artigo 189 da Lei 11.101/2005 expressamente autoriza a aplicação do Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos nela previstos. É absolutamente cabível a aplicação dos dispositivos que sancionam o abuso processual, incluindo os artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil, no processo de recuperação judicial, visando a reprimir a má-fé processual das partes.

## 8 ABUSO DE DIREITO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

### 8.1 Esclarecimentos iniciais

Foram analisados nos capítulos anteriores os principais aspectos relativos à recuperação judicial, à regulamentação legal do abuso de direito e à possibilidade de aplicação subsidiária dessa regulamentação legal à recuperação judicial.

Chega-se, agora, ao ponto fulcral deste trabalho: verificar os critérios para o reconhecimento e a repressão do abuso de direito na recuperação judicial. Os desafios são muitos. A jurisprudência é escassa e poucos doutrinadores se dedicaram ao tema. Os que o fizeram, trataram-no de forma superficial, em breves artigos sem cunho acadêmico. Ainda, em tais artigos o abuso foi tratado apenas no contexto da rejeição do plano de recuperação pelos credores, e não de forma ampla no processo de recuperação judicial.

Esclareça-se que não é possível estabelecer *a priori* que uma determinada situação será sempre abusiva, já que o abuso de direito deve ser verificado no caso concreto, de acordo com o exercício do direito em questão. As hipóteses de abuso ora levantadas unicamente indicam situações que potencialmente caracterizam abuso de direito.

Adicionalmente, não se pode pré-estabelecer de forma completa e precisa todas as hipóteses de abuso de direito, sob pena de se adotar uma postura muito rigorosa, criando hipóteses que acabariam sendo insuficientes e deixando de cobrir as diferentes situações de abuso. Além disso, o trabalho tornar-se-ia desatualizado com o tempo, não se adequando à evolução da sociedade. Daí decorre que as hipóteses ora analisadas são apenas exemplificativas, não excluindo outras que poderão surgir.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se à investigação das diferentes situações de abuso de direito que podem surgir, sejam elas pelos credores ou pelos devedores, seus sócios e administradores.<sup>201</sup>

---

<sup>201</sup> A rigor, também seria possível falar em abuso de direito pelas demais pessoas que atuam na recuperação judicial, incluindo o juiz, o administrador judicial, os membros do Ministério Público e os auxiliares da justiça. Muitas vezes, porém, o abuso por essas pessoas não decorre de uma conduta a elas imputável, mas sim de problemas crônicos da Justiça, como o excesso de trabalho, a morosidade dos processos, a falta de

## 8.2 Abuso de direito pelos credores

### 8.2.1 Abuso do direito de voto

#### 8.2.1.1 Caracterização

A Lei 11.101/2005 adotou a regra da participação ativa dos credores, atribuindo-lhes o direito de deliberar sobre o plano de recuperação. Diferentemente da Lei das Sociedades Anônimas, a Lei 11.101/2005 não disciplinou o exercício do voto em assembleia-geral de credores a partir do instituto do voto abusivo, mas sim desenvolveu o instituto do *cram down*, a fim de permitir que o juiz possa superar a rejeição do plano por uma classe de credores quando tal rejeição contrariar o interesse da maioria dos credores na recuperação.<sup>202</sup>

Porém, os critérios do *cram down* foram estabelecidos de forma insuficiente pela Lei 11.101/2005, permitindo situações discriminatórias e a prevalência de posições puramente egoísticas assumidas por determinados credores, em detrimento do interesse dos demais e em desrespeito ao princípio da preservação da empresa. Assim, não se pode ignorar a possibilidade de determinados credores abusarem do direito de voto.<sup>203</sup>

Em linha com o que dispõe o artigo 187 do Código Civil, haverá abuso se o credor exercer o direito de voto de forma manifestamente excedente aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O direito de voto do credor existe tendo em vista a finalidade para a qual foi instituído. A finalidade econômica do direito de voto consiste na defesa do direito de crédito. Nesse aspecto, o que legitima o voto exercido pelos credores é exatamente o objetivo de satisfazer

---

especialização técnica e a falta de modernidade na organização e administração dos serviços forenses. Deixa-se a investigação do abuso por essas pessoas para outra oportunidade, tendo em vista as citadas dificuldades práticas e que essa modalidade de abuso é bem menos frequente do que o abuso pelos credores, devedores, sócios e administradores, que têm atuação ativa na recuperação judicial.

<sup>202</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi, 2007, p. 292.

<sup>203</sup> Arnoldo Wald e Ivo Waisberg reconhecem que o credor não tem a obrigação de aprovar o plano, mas ressaltam que podem surgir situações de abuso no exercício do direito de voto ou conflito de interesses (Arts. 47 a 49. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.), 2009, p. 320-321).

o crédito. Se o credor exercer o direito de voto ignorando os limites impostos pela sua finalidade econômica, incorrerá em abuso de direito.

No entanto, além do objetivo de satisfazer o crédito, é preciso lembrar que a recuperação judicial tem o objetivo de viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, com o propósito último de promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Sob essa perspectiva, a finalidade social do direito de voto é cooperar com a promoção da preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Daí decorre que, se o credor exercer o direito de voto ignorando os limites impostos pela sua finalidade social, também incorrerá em abuso de direito.

Lembre-se que, por preservação da empresa, entende-se a manutenção no mercado da empresa que possui condições de se recuperar e voltar a gerar riqueza econômica, criar empregos e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento econômico e social do país.

É importante esclarecer que a cooperação com a preservação da empresa não se confunde com uma suposta obrigação de o credor aprovar o plano de recuperação em qualquer hipótese. O espírito da Lei 11.101/2005 não é preservar a empresa a qualquer custo, mas sim viabilizar a preservação da empresa recuperável e retirar do mercado a empresa irrecuperável, evitando a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que com ela negociam.<sup>204</sup> E o poder deliberativo sobre o plano de recuperação foi atribuído aos credores, nos termos do artigo 35, inciso I, alínea “a”, da Lei 11.101/2005.

Caberá ao juiz, no caso concreto, identificar eventual abuso do direito de voto. Contudo, é preciso ter cuidado para que não haja uma flexibilização excessiva das situações que justificam o reconhecimento do abuso, impondo-se ao credor uma suposta obrigação de aprovar o plano em qualquer hipótese ou mantendo-se artificialmente em funcionamento empresas irrecuperáveis. Nesse sentido, incumbe ao juiz tanto permitir a recuperação de

---

<sup>204</sup> Conforme parecer elaborado pelo Senador Ramez Tebet sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 71/2003, que originou a Lei 11.101/2005.

empresas recuperáveis quanto resistir à tentação de manter artificialmente em funcionamento empresas irrecuperáveis.<sup>205</sup>

A aprovação do plano pelos credores dependerá do ganho ou perda que venham a suportar. Se os credores acreditarem que o plano os deixará em situação melhor do que na falência, tenderão a aprová-lo. No entanto, se entenderem que o plano os deixará em situação pior do que na falência, tenderão a rejeitá-lo. Adicionalmente à motivação de recebimento do crédito, alguns credores podem querer manter a relação comercial com o devedor.<sup>206</sup>

Um fator essencial para a adesão dos credores será a demonstração da viabilidade econômica do plano, além do histórico empresarial do devedor e sua credibilidade pessoal. No entanto, por mais que estejam diante de uma empresa viável economicamente, é possível que os credores rejeitem o plano de recuperação por não proporcionar uma justa e equilibrada satisfação do crédito. Isso pode ocorrer, por exemplo, se o plano contiver proposta de pagamento injusta e desequilibrada, impondo sacrifício excessivo aos credores e refletindo o interesse de enriquecimento ilícito do devedor e dos seus sócios à custa dos credores.

Nesse caso, ainda que seja imperativo observar a finalidade social do direito de voto e da própria recuperação judicial, os credores se veriam numa situação de extrema injustiça, não sendo razoável obrigá-los a aprovar um plano de recuperação injusto e desequilibrado. Por isso, Newton De Lucca pontua que o credor tem o direito de rejeitar o plano de recuperação se este for contrário ao seu legítimo interesse de satisfazer o crédito.<sup>207</sup>

Dito isso, serão analisadas a seguir duas situações exemplificativas de abuso do direito de voto pelo credor (conflito de interesses e abuso da minoria). Lembre-se que o voto é declaração de vontade e, além de poder estar maculado por abuso, sujeita-se às hipóteses de

---

<sup>205</sup> GOLDBERG, Daniel K. Notas sobre a nova Lei de Recuperação de Empresas e sua racionalidade econômica. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Direito Empresarial: falimentar e recuperacional*. v. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 355.

<sup>206</sup> Abrem-se parênteses para comentar a análise feita por Mario Engler Pinto Junior sobre a aplicação da teoria dos jogos à recuperação judicial. O autor apresenta a motivação principal de cada tipo de credor para preferir o plano de recuperação em comparação com a falência. No caso dos credores trabalhistas, a motivação estaria na perspectiva de manutenção do emprego, bem como na chance de abreviar o recebimento dos créditos. Os credores com garantia real, por sua vez, seriam mais exigentes quanto às condições de pagamento do seu crédito, pois no cenário de falência a chance de recebimento seria alta em razão da garantia. Já no caso dos credores quirografários, haveria grande incentivo para apoiar a recuperação judicial, considerando que no cenário de falência a chance de recebimento do crédito seria praticamente nula. No entanto, se o crédito detido pelo credor quirografário possuísse garantia de terceiros, seria possível que ele se comportasse de forma semelhante ao credor com garantia real (A Teoria dos Jogos e o Processo de Recuperação de Empresas. In: WALD, Arnaldo (Org.), 2011, p. 458-463).

<sup>207</sup> LUCCA, Newton De, 2011, p. 648.

invalidação previstas nos artigos 166, 167 e 171 do Código Civil (nulidades e anulabilidades).

### **8.2.1.2 Conflito de interesses**

A reunião de pessoas em assembleia para deliberar sobre algum tema parte do pressuposto de que existe homogeneidade de interesses ou que, no caso de divergência, caberá à maioria escolher a melhor alternativa.<sup>208</sup>

Isso também se aplica à assembleia-geral de credores. A Lei 11.101/2005 pressupõe que existe um interesse comum dos credores na recuperação judicial e que, na falta de consenso entre os credores, prevalecerá a vontade da maioria.

Diversos fatores influenciam a tomada de decisão pelos credores, não sendo possível, na prática, saber ao certo qual deles foi determinante. Alguns podem estar guiados pelo legítimo interesse de viabilizar a recuperação da empresa e satisfazer o crédito; outros, por interesses escusos que conflitam com o seu interesse na qualidade de credor.

O credor não tem a obrigação legal de justificar o voto em assembleia-geral. Poderá simplesmente manifestar a sua concordância ou discordância em relação à proposta, sem revelar o que motiva a sua decisão. Em verdade, ainda que existisse a obrigação legal de justificar o voto, não se poderia descartar a possibilidade de os credores omitirem a sua real motivação, apresentando razões quaisquer para justificar o voto.

Para que se possa verificar se existe voto em conflito de interesses, é preciso verificar qual é o interesse comum dos credores na recuperação judicial e questionar quais interesses são aptos a motivar a deliberação do plano.

É tarefa árdua conceituar o interesse comum dos credores na recuperação judicial. O vínculo criado entre os credores decorre tão somente do fato de que eles detêm um crédito

---

<sup>208</sup> SZTAJN, Rachel. Notas sobre as Assembleias de Credores na Lei de Recuperação de Empresas. *Revista de Direito Mercantil - industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, a. XLIV, n. 138, abr./jun. 2005, p. 66-67.

perante o devedor. Trata-se de uma situação circunstancial, que leva à formação de uma comunidade de credores com interesses distintos.<sup>209</sup>

A ideia da preservação da empresa sintetiza os vários interesses dos credores sujeitos à recuperação judicial<sup>210</sup>, na medida em que a satisfação dos créditos depende da superação da situação de crise e, conseqüentemente, da preservação da empresa.

No entanto, o interesse do credor em preservar a empresa existe na medida em que a preservação da empresa seja possível e esteja vinculada à satisfação do crédito.<sup>211</sup> Como visto, não seria razoável exigir que o credor buscasse a preservação da empresa a qualquer custo, pois em alguns casos pode estar diante de empresa inviável economicamente ou a sua preservação pode impor sacrifícios desequilibrados e injustos aos credores, refletindo a pretensão de enriquecimento ilícito do devedor e dos seus sócios.

Por isso Rachel Sztajn esclarece que o interesse comum dos credores na recuperação judicial é evitar perdas superiores àquelas que adviriam da falência e maximizar ganhos.<sup>212</sup> Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França também traz opinião no sentido de que o interesse comum dos credores na recuperação judicial é minimizar os prejuízos.<sup>213</sup>

Nesse sentido, não se vê conflito de interesses nas situações em que o credor regularmente exerça o direito de voto visando ao recebimento do crédito. O conflito de interesses existe nas situações em que o credor sobrepõe interesses particulares e egoísticos ao interesse comum de receber o crédito da melhor forma possível.

Alguns autores têm tentado aplicar aos credores, por analogia, a disciplina do conflito de interesses dos acionistas prevista no artigo 115 da Lei das Sociedades Anônimas (analisada na seção 5.2.1).<sup>214</sup> Por exemplo, Eduardo Secchi Munhoz comenta que seria possível cogitar, em analogia ao artigo 115 da Lei das Sociedades Anônimas, a existência de um dever dos

---

<sup>209</sup> SLUD, Esther. *O abuso do direito de voto no âmbito da recuperação judicial* (Trabalho de Conclusão de Curso – Direito) – Fundação Getúlio Vargas - Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 42.

<sup>210</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, 2007, p. 49-52.

<sup>211</sup> CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. *Falência e Recuperação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 134-135.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 62 e 69.

<sup>213</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, 2007, p. 192-193.

<sup>214</sup> Marcelo Guedes Nunes e Marco Aurélio Freire Barreto entendem que a existência de um interesse coletivo da comunhão de credores, distinto do interesse individual de cada credor, é a premissa utilizada para aplicar, por analogia, as disposições da Lei das Sociedades Anônimas sobre exercício de voto em conflito de interesses (Alguns Apontamentos sobre Comunhão de Credores e Viabilidade Econômica. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.), 2006, p. 320-321).

credores de votar de acordo com o interesse dos acionistas, demais credores e coletividade em geral.<sup>215</sup>

Entende-se, porém, que a disciplina do conflito de interesses prevista na Lei das Sociedades Anônimas não pode ser aplicada por analogia aos credores na recuperação judicial, tendo em vista a completa dissonância de escopo e de fins entre as duas legislações.

A Lei das Sociedades Anônimas dispõe sobre a sociedade por ações e regula o conflito de interesses entre os acionistas e a companhia. Os acionistas livremente optaram em se associar e têm a obrigação legal de observar o interesse social previamente estabelecido, buscando a consecução do objeto social.

Diferentemente, a Lei 11.101/2005 envolve uma coletividade de interesses, todos eles relevantes e legalmente protegidos. Não visa à proteção dos interesses da companhia (no caso, o devedor), mas sim preconiza que os interesses do devedor, dos credores, dos trabalhadores etc. sejam considerados conjuntamente. Não há lógica em argumentar que o interesse do devedor ou dos acionistas seria mais importante que os demais. Os credores têm interesses próprios e não são obrigados a votar de acordo com o interesse do devedor ou dos acionistas.

Essa questão foi examinada na recuperação judicial de Laginha Agro Industrial S/A, onde o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas determinou a impossibilidade de aplicação subsidiária do artigo 115 da Lei das Sociedades Anônimas para verificar conflito de interesses em votação ocorrida em assembleia-geral de credores.<sup>216</sup>

Independentemente disso, de certo podem surgir situações de abuso por conflito de interesses dos credores na recuperação judicial. Pode-se pensar em alguns exemplos de situações abusivas, incluindo o voto (i) visando à rescisão de contrato lucrativo celebrado com o devedor; (ii) visando a se beneficiar de contrato de seguro de crédito; (iii) com o objetivo de se vingar do devedor; (iv) com o objetivo de adquirir os ativos da empresa a preço baixo na falência; (v) visando ao recebimento de vantagem indevida (por exemplo, caso algum credor ofereça um prêmio aos credores que rejeitem o plano ou, por outro ângulo, caso o devedor ofereça favorecimento indevido a um determinado grupo de credores que aprove o plano); (vi) em razão da recusa do devedor em conceder vantagem ilícita ao credor (por

---

<sup>215</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi, 2007, p. 292.

<sup>216</sup> Agravo de Instrumento 2009.001751-4, 3ª Câmara Cível, Des. Rel. Nelma Torres Padilha, julgado em 12.4.2010.

exemplo, caso o credor tenha exigido pagamento “por fora”); (vii) por credores privilegiados que forcem a falência para antecipar o recebimento dos créditos (abuso da minoria, comentado na seção 8.2.1.3); e (viii) com o objetivo de eliminar concorrente do mercado (abuso do poder econômico, comentado na seção 8.2.2).

Nesses casos, o credor estaria exercendo o direito de voto em violação aos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo fim econômico e social do direito de voto, na medida em que estaria agindo com o único objetivo de se beneficiar pessoalmente da situação, deixando que tal objetivo superasse o seu interesse na qualidade de credor na recuperação judicial. Daí porque o exercício do direito de voto em situação de conflito de interesses se enquadra na hipótese do artigo 187 do Código Civil, caracterizando abuso de direito.

Eduardo Secchi Munhoz indica uma situação adicional de abuso. Para ele, seria abusiva a rejeição de plano de recuperação que colocasse o credor em uma posição melhor do que estaria na falência.<sup>217</sup>

Ousa-se discordar do referido autor. Não é porque um credor quirografário possivelmente não receberia nada em uma falência que ele estaria obrigado a aprovar um plano de recuperação que lhe proporcionasse o recebimento de um valor ínfimo. Ainda que o juiz possa ser tentado a considerar abusiva a rejeição do plano pelo credor nessa situação, é importante lembrar que o credor tem o direito de analisar a viabilidade do plano e a sua adequação para proporcionar a satisfação do crédito. Há casos em que o plano de recuperação propõe ao credor o recebimento de um pagamento maior do que receberia na falência, mas o credor ainda assim prefere rejeitá-lo. Isso poderia ocorrer, por exemplo, nos casos em que o devedor nitidamente não tivesse chances de recuperação e o credor pudesse antecipar que o inadimplemento do plano seria uma questão de tempo. Também poderia ocorrer nos casos em que o plano fosse fraudulento e estipulasse uma injusta discriminação entre os credores. Nesses casos, ainda que um credor pudesse se beneficiar dessas estipulações, ele não estaria obrigado a sancionar uma fraude ou uma injustiça, tendo o legítimo direito (se é que não se pode falar em dever) de rejeitar o plano.

De outra parte, cumpre analisar a existência de suposta proibição de voto pelos credores em situação de conflito de interesses. Viu-se que a Lei das Sociedades Anônimas considera

---

<sup>217</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi, 2007, p. 292.

que os acionistas estão proibidos de votar em matérias onde possuam conflito de interesses com a companhia. Diferentemente, a Lei 11.101/2005 não estabelece tal proibição de voto dos credores na assembleia-geral de credores.

A inexistência de proibição de voto de credores em situação de conflito de interesses não decorre de uma lacuna na Lei 11.101/2005, mas sim da vontade manifesta do legislador, até porque expressamente previu nos artigos 39, parágrafo 1º, e 43 as hipóteses de proibição de voto (por exemplo, sócios do devedor e sociedades coligadas, controladoras, controladas ou que tenham sócio com participação superior a 10% do capital social do devedor ou em que o devedor ou seus sócios tenham participação superior a 10% do capital social). Assim, terá o credor o direito de exercer o voto em assembleia-geral de credores, contanto que estejam satisfeitos os requisitos do artigo 39 da Lei 11.101/2005 e não sejam aplicáveis as proibições do artigo 43.

A jurisprudência já se manifestou sobre a questão. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou que a existência de conflito de interesses entre o credor e a recuperanda não configura impedimento para votação em assembleia-geral de credores, tendo direito de voto todos aqueles que integram a relação de credores, nos termos do artigo 39 da Lei 11.101/2005.<sup>218</sup>

O Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas também determinou que a existência de suposto conflito de interesses não é suficiente para afastar o direito de voto de credor, até porque a divergência de interesses é inerente à própria natureza da recuperação judicial. Segundo o Tribunal, não se pode afastar o direito de voto de um credor que preenche os requisitos legais para votar, tampouco determinar, em um juízo precipitado, a existência de conflito de interesses antes mesmo de o credor votar.<sup>219</sup>

Ainda que inexista proibição de voto nas situações de conflito de interesses, se após o exercício do direito de voto se verificar que o credor agiu em conflito de interesses, o juiz poderá reconhecer a existência do abuso e invalidar o voto em questão e/ou a deliberação assemblear, caso o voto tenha sido determinante para a formação da maioria. Além disso, poderá determinar a responsabilização do credor pelos prejuízos decorrentes do abuso, como será visto na seção 9.2.1.

---

<sup>218</sup> Agravo de Instrumento 545.582-4/4-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 26.3.2008.

<sup>219</sup> Agravo de Instrumento 2009.001751-4, 3ª Câmara Cível, Des. Rel. Nelma Torres Padilha, julgado em 12.4.2010.

### 8.2.1.3 Abuso da minoria

Nos termos do artigo 45 da Lei 11.101/2005, para que o plano de recuperação seja aprovado, precisará contar com a aprovação de todas as classes de credores. Porém, nos termos do artigo 58, parágrafo 1º, da Lei 11.101/2005, ainda que não seja aprovado em todas as classes, o juiz poderá conceder a recuperação judicial com base no chamado poder de *cram down* se o plano obtiver (i) o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia-geral, independentemente da classe; (ii) a aprovação de duas classes de credores ou, caso haja somente duas classes, a aprovação de pelo menos uma delas; e (iii) na classe que houver rejeitado o plano, o voto favorável de mais de 1/3 dos credores.<sup>220</sup>

A classe que costuma ter o menor número de credores é a classe de credores com garantia real, considerando que a empresa tem um número finito de ativos sobre os quais pode constituir garantia real. Haja vista que os credores com garantia real estão em segundo lugar na ordem de classificação dos créditos na falência<sup>221</sup>, sendo pagos até mesmo antes dos credores tributários, costumam exigir condições de pagamento bastante favoráveis na recuperação judicial, sob pena de rejeitarem o plano e levarem o devedor à falência.

Esses fatos fazem com que, na prática, possa ser difícil atingir os requisitos previstos no artigo 58, parágrafo 1º, da Lei 11.101/2005, especialmente em relação ao requisito de aprovação por mais de 1/3 dos credores da classe que houver rejeitado o plano.

A situação já foi por diversas vezes submetida à análise do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Na recuperação judicial de Marbel R. C. Comércio, Importação e Exportação Ltda., existia um único credor na classe dos credores com garantia real, e o voto desfavorável desse credor representava a absoluta impossibilidade de preenchimento do referido requisito do artigo 58.<sup>222</sup> O Tribunal entendeu que isso consagraria o abuso da

---

<sup>220</sup> Vale lembrar que a recuperação judicial somente poderá ser concedida mediante *cram down* se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 58 da Lei 11.101/2005.

<sup>221</sup> Nos termos do artigo 83, inciso II, da Lei 11.101/2005.

<sup>222</sup> Agravo de Instrumento 627.287-4/5-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 30.6.2009.

minoria pelo credor que já tivesse garantia real suficiente e, em atitude egoística, impusesse a falência. Há diversos outros julgados no mesmo sentido.<sup>223</sup>

De fato, a hipótese de credor único em uma das classes parece não ter sido cogitada pelo legislador e implicaria a decretação de falência sempre que esse credor votasse contrariamente ao plano. Desse modo, ainda que os critérios estabelecidos pelo artigo 58, parágrafo 1º, da Lei 11.101/2005 sejam objetivos, há que se admitir a sua flexibilização -- de forma cuidadosa e criteriosa -- pelo juiz, a fim de evitar que um determinado credor abuse do seu direito de voto e egoisticamente imponha a decretação de falência em prejuízo do devedor e da coletividade de credores. Se assim não fosse, estar-se-ia chancelando uma atuação do credor em violação à boa-fé e desvirtuando a finalidade do direito de voto, caracterizando a hipótese do artigo 187 do Código Civil.

Ao fazer isso, porém, o juiz deve estar atento para os termos e condições do plano de recuperação rejeitado pelo credor, a fim de verificar se a sua atitude foi realmente motivada por interesses egoísticos.

Nesse sentido, o juiz não poderia conceder a recuperação com base na flexibilização do poder de *cram down* se a rejeição do plano caracterizasse exercício regular de um direito pelo credor. Isso poderia ocorrer nos casos em que os termos de pagamento do credor com garantia real que o rejeitou fossem inaceitáveis, por exemplo, se o plano determinasse a liberação automática da garantia real inobstante a discordância do credor ou propusesse o pagamento do credor com garantia real em condições piores que aquelas oferecidas aos credores quirografários.

### 8.2.2 Abuso do poder econômico

---

<sup>223</sup> Dentre outros, pode-se citar os seguintes: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 627.497-4/3-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 30.6.2009; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 649.192-4/2-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 18.8.2009; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 638.631-4/1-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 18.8.2009.

Como exposto na seção 5.3 acima, a Lei 12.529/2011 reprime o abuso do poder econômico. Apesar de não definir o que constitui abuso do poder econômico, estabelece os seus efeitos e indica algumas condutas que o caracterizam.

Trazendo as disposições da Lei 12.529/2011 para o contexto da recuperação judicial, poderão caracterizar abuso os atos praticados com o intuito de prejudicar a livre concorrência ou iniciativa, dominar mercado relevante, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante.

A questão do abuso do poder econômico tem sido analisada sob a ótica da rejeição de plano de recuperação por empresa concorrente do devedor, sob a alegação de que tal rejeição constitui abuso de posição dominante.<sup>224</sup>

Essa questão já foi objeto de análise pelos tribunais. Nas recuperações judiciais de Varig Logística S.A.<sup>225</sup> e Laginha Agro Industrial Ltda.<sup>226</sup>, alegou-se que alguns credores concorrentes teriam interesse na falência das empresas em recuperação com o objetivo de eliminá-las do mercado, e que tal interesse teria prevalecido em relação ao interesse no recebimento do crédito.

Como será visto adiante, em ambas as citadas recuperações judiciais os tribunais determinaram que o simples fato de os credores serem concorrentes das empresas em recuperação não era suficiente para caracterizar a rejeição abusiva do plano. Caso contrário, todo credor concorrente estaria supostamente obrigado a aprovar o plano.

De fato, a rejeição de plano de recuperação por credor concorrente da empresa em recuperação não necessariamente caracterizará abuso do poder econômico. Para que haja abuso do poder econômico, será necessário verificar a real motivação do credor ao exercer o direito de voto e os efeitos que poderiam decorrer do exercício desse direito, justificando a aplicação da Lei 12.529/2011.<sup>227</sup>

Se ficar comprovado que a rejeição do plano pelo credor teve o objetivo precípuo de eliminar o concorrente do mercado, existirá abuso de direito. No entanto, inexistirá abuso se

---

<sup>224</sup> PENTEADO, Mauro Rodrigues, 2007, p. 76.

<sup>225</sup> Agravo de Instrumento 994.09.273364-3, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 1.6.2010.

<sup>226</sup> Agravo de Instrumento 2009.001751-4, 3ª Câmara Cível, Des. Rel. Nelma Torres Padilha, julgado em 12.4.2010.

<sup>227</sup> MANGE, Eduardo Foz. *A Assembleia-Geral de Credores na Recuperação Judicial*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 93-96.

o credor buscar, primordialmente, a satisfação do crédito, ainda que de certa forma se beneficie, de forma secundária, da consequente eliminação do concorrente.<sup>228</sup>

Isso poderá ocorrer, por exemplo, nos casos em que o credor, de acordo com o seu julgamento, entender que o plano de recuperação é inviável e/ou não lhe proporciona uma forma justa e equilibrada de recebimento do crédito. Nesses casos, a rejeição do plano será motivada pela divergência do credor em relação à sua viabilidade, conveniência e oportunidade, e não pela eliminação do concorrente.

Em linha com o entendimento jurisprudencial acima exposto, uma eventual conclusão em sentido contrário implicaria a suposta obrigação de o credor concorrente sempre aprovar o plano de recuperação, a despeito de entender que a falência seria a melhor solução.

### **8.2.3 Abuso do fornecedor**

Também se pode cogitar a hipótese de abuso por parte de fornecedor de produto ou serviço para a empresa em recuperação. A título exemplificativo, o fornecedor poderia bruscamente interromper o fornecimento e levar a empresa à paralização. Poderia, também, impor condições abusivas para o fornecimento e, assim, acarretar a retirada da empresa do mercado por aumento excessivo dos custos de produção.

Nessas hipóteses, há que se questionar a possibilidade de o juiz impor a manutenção do fornecimento nos termos anteriormente vigentes com fundamento na teoria do abuso de direito.

O artigo 49 da Lei 11.101/2005 dispõe que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. No entanto, o crédito relativo a obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial será considerado extraconcursal em caso de falência, nos termos do artigo 67 da Lei 11.101/2005. Além disso, os créditos quirografários de fornecedores que continuarem a prover normalmente bens ou serviços ao devedor após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento no caso de falência, nos termos do parágrafo único do artigo 67.

---

<sup>228</sup> Há decisão do Tribunal Federal de Justiça da Alemanha nesse sentido: recurso nº IX ZB 214/10, julgado em 19.5.2011.

Verifica-se que o próprio legislador antecipou o receio do fornecedor diante do pedido de recuperação judicial, buscando incentivá-lo a manter o fornecimento mediante a obtenção de privilégios em caso de falência. De fato, é de se esperar que qualquer fornecedor se sinta no mínimo intimidado pelo ajuizamento do pedido de recuperação judicial e tenha o legítimo receio de que os eventuais novos fornecimentos não sejam honrados pela recuperanda.

No entanto, a proteção conferida pelo acima citado artigo 67 da Lei 11.101/2005 é insuficiente para incentivar a manutenção do fornecimento de bens e serviços à recuperanda. A prioridade foi concedida ao fornecedor apenas no caso de falência, inexistindo proteção na própria recuperação judicial. Ainda que as partes possam acordar o pagamento prioritário dos fornecedores no plano de recuperação, até que isso ocorra é possível que o fornecedor já tenha decidido pela interrupção do fornecimento.

Assim, é de se esperar que a empresa em recuperação enfrente dificuldades em manter o fornecimento normal de bens e serviços necessários à continuação das suas atividades após o pedido de recuperação judicial, o que pode colocar em risco a chance de uma recuperação bem sucedida.

A atitude do fornecedor de alterar as condições do fornecimento após o pedido de recuperação judicial -- por exemplo, recusando-se à venda a prazo e exigindo o pagamento à vista -- seria legítima. Como exposto, o próprio legislador antecipou o receio dos fornecedores em continuar provendo bens e serviços após o pedido de recuperação, mas se limitou a criar incentivos insuficientes para a manutenção do fornecimento.

Em regra, seria inadmissível a imposição do fornecimento pelo juiz nos termos anteriormente vigentes, mesmo considerando o princípio da preservação da empresa expresso no artigo 47 da Lei 11.101/2005. Tal princípio deve ser ponderado pelos princípios da liberdade e da propriedade previstos no artigo 5º da Constituição Federal, ressaltando-se o postulado máximo de que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

No entanto, poderia haver a imposição do fornecimento pelo juiz quando essa imposição decorresse de lei. Citam-se (i) os casos em que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor é aplicável e a conduta do fornecedor caracteriza prática abusiva<sup>229</sup>; e (ii) os

---

<sup>229</sup> O artigo 39 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor proíbe o fornecedor de praticar as seguintes condutas, que define como abusivas: (i) recusar atendimento às demandas dos consumidores, na medida de

casos de recusa de fornecimento dentro das condições normais de pagamento, caracterizando infração à ordem econômica (artigo 36, parágrafo 3º, da Lei 12.529/2011).

Em relação ao último, poderia haver a imposição do fornecimento quando, por exemplo, a empresa em recuperação oferecesse pagamento à vista ou nos exatos termos constantes de oferta feita ao público pelo fornecedor ou as condições exigidas pelo fornecedor fossem manifestamente excessivas e destoantes do padrão de mercado.

Também poderia haver a imposição do fornecimento quando o serviço fosse considerado essencial à continuidade da empresa em recuperação (como luz, água, gás e telefonia) e o débito não pago fosse anterior ao pedido de recuperação judicial. Nesse sentido, a jurisprudência determina que os débitos anteriores ao pedido de recuperação judicial não autorizam o corte no fornecimento de serviços essenciais, já que tais débitos estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do artigo 49 da Lei 11.101/2005. Não fosse assim, a tentativa de superação da crise econômico-financeira seria inviável desde o início, considerando que a empresa seria privada de serviços essenciais à superação da crise.<sup>230</sup>

Nesses casos, a recusa de fornecimento seria abusiva por exceder os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pela finalidade econômica e social do direito, na medida em que o fornecedor estaria negando o fornecimento com o intuito de forçar o devedor a fazer o pagamento de dívidas pretéritas, que deveriam se sujeitar à recuperação judicial.

Por outro lado, entende-se que estaria autorizada a suspensão do fornecimento de serviços essenciais no caso de inadimplemento de contas relativas a serviços prestados após o pedido de recuperação judicial, visto que, apesar da essencialidade, (i) tais serviços não são gratuitos, não fazendo sentido impor o fornecimento sem contrapartida; e (ii) se a empresa em recuperação não consegue sequer pagar suas contas mensais de serviços essenciais, pode-se presumir que a tentativa de superação da crise não é séria.<sup>231</sup>

De outra parte, cabe investigar a existência de abuso por parte de instituição financeira na brusca interrupção do crédito após o pedido de recuperação judicial. Será visto nas seções

---

suas disponibilidades de estoque e em conformidade com os usos e costumes; (ii) exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; (iii) recusar a venda de bens ou a prestação de serviços a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento; (iv) elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços; entre outras.

<sup>230</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 1.010.200-0/8, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 20.7.2006.

<sup>231</sup> Nesse sentido: Agravo de Instrumento 0043067-35.2011.8.26.0000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 26.7.2011.

11.2 e 11.5 que o reconhecimento de abuso de direito nessa situação é bastante comum na Itália e na França, apesar de ter sido recentemente mitigada por meio de alterações legislativas em tais jurisdições.

Sob a ótica do direito brasileiro, a instituição financeira não poderia vincular a manutenção do fornecimento ao pagamento do crédito já existente, já que tal crédito estaria sujeito à recuperação judicial e não poderia ser pago “por fora”. No entanto, não seria razoável impor a manutenção do fornecimento do crédito nos casos em que o devedor deixasse de cumprir as obrigações contraídas após a recuperação judicial. Nesses casos, estaria autorizada a interrupção do crédito com base na exceção do contrato não cumprido (artigo 476 do Código Civil).

Também se pode cogitar a interrupção do fornecimento do crédito fundamentada em cláusula autorizando a resolução contratual e o vencimento antecipado da dívida no caso de apresentação de pedido de recuperação judicial pelo devedor, mesmo sem ter havido o inadimplemento das obrigações contratuais.

Ainda que haja grande divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a validade da cláusula prevendo o vencimento antecipado da dívida em decorrência do pedido de recuperação judicial<sup>232</sup>, entende-se que, em regra, seria lícita a interrupção do crédito com base em cláusula que autorizasse o credor a fazê-lo. Não seria razoável manter o fornecimento nessa situação, considerando que o próprio contrato autorizaria a interrupção do crédito e a situação financeira do devedor não mais seria a mesma que aquela existente à época da celebração do contrato. Nesse aspecto, a instituição financeira não estaria obrigada

---

<sup>232</sup> Pela validade da cláusula: GUERRA, Luiz. *Falências & Recuperações de Empresas: Crise Econômico-Financeira*. Comentários à Lei de Recuperações e de Falências. v. 2, Brasília: Guerra, 2011, p. 133-135; REQUIÃO, Rubens, 1981, p. 84-85 (em relação à concordata); Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 994.09.321779-4, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Elliot Akel, julgado em 6.4.2010; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 0301554-48.2010.8.26.0000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 1.2.2011; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 7.274.820-0, 23ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Marcos Marrone, julgado em 24.9.2008; Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 274.264-RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 20.5.2002 (em relação à concordata), dentre outros. Pela invalidade da cláusula: LOBO, Jorge, 2010, p. 189; SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 236-237; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 641.776-4/0-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Elliot Akel, julgado em 15.9.2009; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 642.534-4/3-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Elliot Akel, julgado em 18.8.2009; Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível 5309/2008, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Renato Simoni, julgado em 28.4.2009, dentre outros.

a continuar a fornecer crédito para uma empresa sabidamente em crise, cujo inadimplemento fosse previsível.

### **8.3 Abuso de direito pelo devedor, seus sócios e administradores**

#### **8.3.1 Abuso do direito de veto**

Nos termos do artigo 55, parágrafo 3º, da Lei 11.101/2005, o plano de recuperação proposto pelo devedor poderá sofrer alterações na assembleia-geral de credores. No entanto, para que tais alterações sejam implementadas, deverão contar com a expressa concordância do devedor.<sup>233</sup>

Daí decorre o direito de veto pelo devedor das alterações ao plano de recuperação propostas pelos credores. Se o devedor discordar dessas alterações e, conseqüentemente, exercer o direito de veto, a consequência será a rejeição do plano de recuperação e a decretação da falência, nos termos do artigo 55, parágrafo 4º, da Lei 11.101/2005.

Da mesma forma em que se levantou a possibilidade de abuso do direito de voto em assembleia-geral pelos credores, também se pode cogitar a possibilidade de abuso do direito de veto pelo devedor.

Segundo Eduardo Secchi Munhoz, pode haver a superação do veto do devedor sempre que o veto “contrariar o interesse geral da sociedade na manutenção da empresa viável”.<sup>234</sup> Apesar de essa ser a solução adotada em algumas legislações estrangeiras<sup>235</sup>, não foi a solução adotada pela Lei 11.101/2005.

Entende-se que a superação do veto do devedor dependerá da caracterização do abuso de direito. Isso ocorrerá nos casos em que o exercício do direito de veto manifestamente exceda os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pela finalidade do direito de veto, em linha com o que dispõe o artigo 187 do Código Civil.

---

<sup>233</sup> E não poderão diminuir os direitos exclusivamente dos credores ausentes.

<sup>234</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi, 2007, p. 279.

<sup>235</sup> Por exemplo, pela legislação norte-americana (Ibid., loc. cit.).

O direito de veto foi estabelecido a fim de conceder ao devedor a oportunidade de rever as alterações propostas pelos credores ao plano de recuperação. Do ponto de vista econômico, a finalidade do direito de veto é evitar que o devedor seja obrigado a aceitar um plano de recuperação com o qual não concorde, considerando que o plano terá impacto no seu patrimônio.

Do ponto de vista social, a finalidade do direito de veto é estabelecer um mecanismo de controle das alterações propostas pelos credores, evitando a aprovação de um plano que o devedor não tenha condições de adimplir e preservando a empresa e a sua função social.

Considerando que a recuperação judicial é um processo de iniciativa do próprio devedor e que ele ficará vinculado ao plano de recuperação, a Lei 11.101/2005 considerou que o devedor não pode ser obrigado a aceitar as alterações propostas pelos credores ao plano. Assim, concedeu-lhe um mecanismo de controle dessas alterações, dando-lhe o direito de optar entre aceitar ou rejeitar essas alterações, sendo que no último caso a consequência será a falência.

Para verificar eventual abuso do direito de veto, é necessário analisar as modificações propostas pelos credores e as razões que levaram o devedor a rejeitar tais modificações, com o intuito de identificar a motivação do veto e, assim, verificar eventual desrespeito aos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pela finalidade econômica e social do direito de veto.

Não será nada fácil identificar abuso no exercício do direito de veto. Haverá situações extremas, onde o juiz consiga de plano identificar o abuso do direito de veto pelo devedor. No entanto, certamente haverá situações nebulosas, onde o real objetivo do devedor ao rejeitar as modificações propostas pelos credores seja incerto.

O abuso do direito de veto está geralmente associado a uma conduta egoísta ou irrazoável do devedor, com o fim de causar prejuízos a terceiros ou de obter vantagem indevida. Nesses casos, o devedor atua em desconformidade com o seu próprio interesse, acarretando a falência de uma empresa que tinha chances reais de recuperação.

Pode-se cogitar os seguintes exemplos de abuso do direito de veto: (i) veto unicamente motivado por vingança aos credores; (ii) veto quando o devedor queira se valer da falência para resolver disputas entre os sócios; (iii) veto com o intuito de causar atrasos injustificados

no processo, visando a uma alteração das condições do mercado; e (iv) veto em situação de conflito de interesses.<sup>236</sup>

Em relação ao conflito de interesses, é possível que haja conflito por parte dos controladores, que poderão ter interesse pessoal na falência e orientar a empresa visando à obtenção de vantagem indevida à custa dos acionistas minoritários e dos credores. Isso poderia ocorrer, por exemplo, nos casos em que a falência acarretasse a resolução de um contrato lucrativo firmado com outra empresa detida pelos controladores, que seria liberada das suas obrigações em razão da falência. A hipótese de abuso por parte dos sócios será examinada na seção 8.3.2 a seguir.

Por outro lado, é possível que o devedor exerça o direito de veto de forma legítima, por entender que as modificações propostas pelos credores são inaceitáveis e julgar que a falência é a única saída. Nesses casos, inexistirá abuso, mas sim exercício regular de um direito.

Novamente, deverá o juiz estar atento para verificar se o devedor está agindo de boa-fé e cumprindo com a finalidade econômica e social do direito de veto ou se, diferentemente, está se valendo do direito de forma abusiva.

### **8.3.2 Abuso dos sócios**

Como visto na seção 5.2.1, a Lei das Sociedades Anônimas considera abusivos os atos praticados pelo acionista em desconformidade com o interesse da companhia, tenham eles o fim de causar dano à companhia ou demais acionistas ou de obter vantagem a que não faz jus e de que resulte prejuízo efetivo ou potencial para a companhia ou acionistas.

Em relação ao acionista controlador, viu-se que a Lei das Sociedades Anônimas prevê que ele deve usar o poder de controle com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social. Haverá a responsabilidade do acionista controlador pelos danos causados pelos atos praticados com abuso de poder.

---

<sup>236</sup> O segundo e o terceiro exemplos foram extraídos do direito norte-americano (analisado na seção 11.7), e também se aplicam ao direito brasileiro.

Os acionistas da companhia em recuperação continuam plenamente sujeitos aos acima citados deveres e responsabilidades impostos pela Lei das Sociedades Anônimas, podendo incorrer em abuso se desrespeitarem o interesse da companhia ou, no caso dos controladores, desvirtuarem o poder de controle.

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes trata da funcionalidade do poder de controle societário nas companhias e do exercício do poder de controle em adequação ao sistema de valores constitucional. Explica que, após a concessão da recuperação judicial, a empresa assume novas funções à vista da sua reestruturação e das novas relações jurídicas estabelecidas entre o devedor, credores e outros *stakeholders*.<sup>237</sup>

O acionista controlador deve usar suas prerrogativas legais e estatutárias e seu papel de destaque na condução das negociações no âmbito da recuperação judicial para fazer com que a companhia e sua administração proporcionem a composição equilibrada dos diversos interesses envolvidos e respeitem as finalidades econômicas e sociais da recuperação judicial.

O controlador também assume importância na abreviação da conclusão do processo de recuperação judicial, minimização dos desgastes e maximização da eficiência, atuando como instrumento de realização da função socioeconômica da empresa.<sup>238</sup>

Trazendo as disposições da Lei das Sociedades Anônimas para o contexto da recuperação judicial, pode-se cogitar os seguintes exemplos de atos abusivos praticados pelos sócios da empresa em recuperação: (i) autorizar o ajuizamento de pedido de recuperação judicial de empresa próspera; (ii) forjar a situação de crise por meio da dissimulação da real situação financeira ou pela criação deliberada da situação de crise com o objetivo de deixar de cumprir obrigações contratuais perante os credores<sup>239</sup>; (iii) utilizar pessoas interpostas para se beneficiar da ausência de sucessão na aquisição de filiais ou unidades produtivas isoladas da empresa em recuperação; (iv) comprar créditos sujeitos à recuperação judicial por pessoas interpostas, visando a controlar a votação em assembleia-geral de credores e burlar a proibição do artigo 43 da Lei 11.101/2005; (v) orientar a recuperanda para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse público; (vi) praticar operações societárias com o fim de obter vantagem indevida ou causar prejuízo aos credores; (vii) eleger administrador

---

<sup>237</sup> MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de, 2012, p. 173.

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 277.

<sup>239</sup> Exemplo extraído das lições do direito francês (analisado na seção 11.5).

sabidamente inapto moral ou tecnicamente; (viii) aprovar despesas injustificáveis em razão da sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias; e (ix) descapitalizar injustificadamente a empresa.

Vale esclarecer que os quotistas de sociedade limitada também poderão incorrer em abuso e se sujeitar às mesmas regras acima expostas se a sociedade tiver regência supletiva pelas normas da sociedade anônima ou, dependendo do caso, por aplicação dessas normas por analogia, considerando que o Capítulo da Sociedade Limitada no Código Civil não regula adequadamente a matéria.<sup>240</sup>

### **8.3.3 Abuso dos administradores**

Como examinado na seção 5.2.2, o artigo 154 da Lei das Sociedades Anônimas impõe o dever de o administrador cumprir com a finalidade das atribuições a ele impostas pela lei e pelo estatuto, agindo sem desvio de poder. Viu-se que o desvio de poder pelo administrador é uma espécie de abuso de poder ou de finalidade.

A atuação do administrador deve ser orientada pela realização do objeto social da companhia. No entanto, além de satisfazer os interesses da companhia, a Lei das Sociedades Anônimas impõe que o administrador atenda à sua função social e às exigências do bem público.

O administrador da empresa em recuperação judicial continua sujeito a esses deveres. Em verdade, considerando o caráter social da recuperação judicial e o interesse público nela envolvido, pode-se dizer que a citada exigência de que o administrador atenda à função social da companhia e às exigências do bem público se torna ainda mais evidente.

O parágrafo 2º do referido artigo 154 prevê três exemplos de atos com desvio de poder ou de finalidade, a saber: (i) praticar ato de liberalidade à custa da companhia; (ii) emprestar ou usar recursos, bens, serviços ou crédito da companhia em proveito próprio, de sociedade em

---

<sup>240</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, 2007, p. 192.

que tenha interesse ou de terceiros; e (iii) receber de terceiros vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício do cargo, em todos os casos sem a devida autorização social.<sup>241</sup>

Outras condutas praticadas pelo administrador poderiam caracterizar desvio ou abuso de poder ou de finalidade, como, por exemplo, aquelas descritas no artigo 64 da Lei 11.101/2005, incluindo (i) efetuar gastos pessoais manifestamente excessivos em relação à sua situação patrimonial; (ii) incorrer em despesas injustificáveis em razão da sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias; (iii) descapitalizar injustificadamente a empresa ou realizar operações prejudiciais ao seu funcionamento regular; (iv) simular ou omitir créditos ao apresentar a relação de que trata o inciso III do *caput* do artigo 51 da Lei 11.101/2005, sem relevante razão de direito ou amparo de decisão judicial; e (v) negar-se a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelo comitê de credores.

Levanta-se mais um exemplo de conduta abusiva por parte do administrador. Quando a crise se aproxima, é comum os administradores aprovarem operações de maior risco (considerando que as consequências negativas seriam suportadas pelos credores) ou manterem atividades econômicas inviáveis.<sup>242</sup> Nesses casos, o administrador estaria agindo de forma oportunista à custa dos credores, transferindo a eles os efeitos dos seus atos. Tal conduta também poderia caracterizar abuso ou desvio de poder, implicando a responsabilidade do administrador.

Os administradores de sociedade limitada podem se sujeitar às mesmas regras se a sociedade tiver regência supletiva pelas normas da sociedade anônima ou, dependendo do caso, por aplicação dessas normas por analogia, considerando que o Capítulo da Sociedade Limitada no Código Civil não regula adequadamente a matéria.

### 8.3.4 Abuso da personalidade jurídica

---

<sup>241</sup> Fábio Ulhoa Coelho entende que o rol do parágrafo 2º do artigo 154 da Lei das Sociedades Anônimas é exaustivo (A natureza subjetiva da responsabilidade civil dos administradores de companhia. *Revista Direito de Empresa*, São Paulo, v. 1, 1996, p. 20). Discorda-se do referido autor. O *caput* do artigo 154 não se limita às proibições previstas no parágrafo 2º. A intenção do legislador parece ter sido punir quaisquer condutas do administrador que se distanciam do dever de exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem e de buscar os fins e o interesse da companhia, não havendo qualquer menção de que o rol previsto no parágrafo 2º seria exaustivo. Assim, haveria descumprimento do dever previsto no artigo 154 independentemente de a conduta do administrador estar descrita no parágrafo 2º.

<sup>242</sup> Exemplo levantado por Rachel Sztajn (2005, p. 67).

Como apontado na seção 5.1.2, o artigo 50 do Código Civil estabelece a desconsideração da personalidade jurídica, dispondo que, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz estender os efeitos de determinadas obrigações aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem ampla aplicação ao direito falimentar.<sup>243</sup> Com base nela, desenvolveu-se a possibilidade de extensão dos efeitos da falência para empresas do mesmo grupo econômico do falido.<sup>244</sup> O abuso e a intenção de fraudar credores são geralmente apontados como condições para a extensão dos efeitos da falência.<sup>245</sup>

Apesar de a desconsideração da personalidade jurídica ser mais recorrente na falência, ela também está autorizada na recuperação judicial, contanto que sejam satisfeitos os requisitos do artigo 50 do Código Civil, como já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.<sup>246</sup>

Mencionam-se algumas condutas que poderiam caracterizar abuso e acarretar a desconsideração da personalidade jurídica da empresa em recuperação: (i) divisão de um único negócio entre várias sociedades com o único objetivo de reduzir responsabilidades; (ii) utilização da personalidade jurídica para, dentre outros objetivos, promover fraude, evitar o cumprimento de obrigações ou obter vantagem indevida; (iii) práticas contábeis inadequadas que levem à falta de separação clara entre os negócios da empresa e dos sócios; e (iv) compartilhamento de sede, administração, funcionários e sócios, confundindo terceiros e demonstrando que a existência de personalidades distintas é artificial.

Essas condutas poderiam caracterizar abuso da personalidade jurídica da empresa em recuperação por desvio de finalidade ou confusão patrimonial (dependendo do caso), justificando a aplicação do artigo 50 do Código Civil.

---

<sup>243</sup> SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva, 2012, p. 107.

<sup>244</sup> Dentre outros: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação 0001275-79.2011.8.26.0363, 21ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Itamar Gaino, julgado em 1.2.2012; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 351.445-4/0-00, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Guimarães E. Souza, julgado em 30.8.2005.

<sup>245</sup> SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva, 2012, p. 107-109. Os autores ressaltam, porém, a opinião de Fábio Konder Comparato quanto ao abuso do poder de controle (onde haveria disfuncionalidade e não necessariamente fraude ou abuso).

<sup>246</sup> Agravo de Instrumento 0099935-96.2012.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 26.6.2012.

Se o juiz verificar que o sócio ou administrador está abusando do escudo da personalidade jurídica, poderá a eles estender os efeitos das obrigações da empresa em recuperação, impondo a sua responsabilização.

## **8.4 Abuso de direito pelos credores e/ou pelo devedor**

### **8.4.1 Plano de recuperação abusivo**

Um dos institutos mais férteis para a prática de abusos é o plano de recuperação. A função do plano é estabelecer os meios de recuperação a serem empregados e demonstrar a viabilidade econômica da empresa, de forma a permitir a superação da situação de crise econômico-financeira.

Viu-se na seção 2.1.2 que o plano de recuperação tem a natureza de contrato. Como todo contrato, deve ser justo e equilibrado, contribuindo para a realização do bem comum, do que é útil e justo socialmente.

No entanto, viu-se que o plano de recuperação é um contrato peculiar. Nesse aspecto, para que haja interesse social no cumprimento do plano, não basta que ele seja justo e equilibrado. Deve também ser viável economicamente, permitindo a superação da situação de crise. Salvo contrário, inexistirá interesse social no seu cumprimento e a melhor solução será a falência, retirando-se do mercado a empresa irrecuperável.

Apontou-se que a recuperação judicial -- e, como consequência, também o plano que a instrumentaliza -- tem o objetivo de viabilizar a superação da crise, com o fim de manter a fonte produtiva, o emprego dos trabalhadores e os interesses dos credores. Tudo isso visando à promoção da preservação da empresa, da sua função social e da atividade econômica. Se o devedor e/ou os credores utilizarem o plano de recuperação de modo a desvirtuar as finalidades econômicas ou sociais da recuperação judicial, abusarão do direito de elaborar o plano de recuperação.

De forma semelhante, haverá abuso de direito se, ao elaborar o plano, devedor e/ou credores manifestamente excederem os limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O abuso repousará exatamente na utilização de meios de recuperação ofensivos aos limites impostos pela finalidade do direito (em última instância, a preservação da empresa), pela boa-fé ou pelos bons costumes.

De modo geral, a abusividade do plano de recuperação costuma estar relacionada a uma das seguintes hipóteses: (i) exigências espúrias pelos credores em contrapartida à aprovação do plano; (ii) estipulações concedendo benefício indevido ao devedor ou aos seus sócios ou impondo sacrifício excessivo aos credores; (iii) tratamento diferenciado aos credores de uma mesma classe; e (iv) estipulações emulativas. Examinar-se-á a seguir cada uma dessas hipóteses, dando-se exemplos de cláusulas potencialmente abusivas.

#### **8.4.1.1 Exigências espúrias pelos credores em contrapartida à aprovação do plano de recuperação**

A recuperação judicial tem viés social e impõe a equalização e repartição dos prejuízos entre os interessados, sendo incompatível com exigências impostas pelos credores de forma abusiva.

Os credores devem usar o direito de propor alterações ao plano de recuperação de forma legítima. Nesse sentido, as alterações devem ser razoáveis, justas e equilibradas, tendo em mente o propósito da preservação da empresa. Ao propor as alterações, os credores devem levar em consideração a situação econômico-financeira do devedor de forma global, incluindo as perspectivas dos negócios do devedor a curto, médio e longo prazo, a situação do mercado em que ele atua, a estrutura do capital, a composição do ativo e do passivo, a situação dos empregados e dos fornecedores, entre outros.

Se os credores agirem de forma oportunista e fizerem exigências espúrias, visando a se aproveitar do fato de que o devedor está enfrentando um momento delicado, poderão incorrer em abuso de direito.

Pode-se pensar em alguns exemplos de exigências espúrias pelos credores, tais como (i) o pagamento da totalidade da dívida à vista ou a curto prazo, sem desconto; (ii) a imposição da venda da totalidade dos ativos do devedor, caracterizando uma falência disfarçada; (iii) a

imposição da celebração de um contrato em condições destoantes do padrão de mercado; e (iv) a exigência injustificada de rescisão de um contrato que seja lucrativo ao devedor.

Ely de Oliveira Faria traz, também, o exemplo do credor que exija abusivamente que uma grande empresa obtenha carência para pagamento do passivo menor ou igual àquela que a lei concedeu às microempresas e empresas de pequeno porte (respectivamente, 180 e 36 meses). De forma contrária, entende que seria legítima a rejeição pelos credores de um plano de recuperação prevendo prazo para pagamento igual ou superior àquele concedido às Fazendas Públicas (parcelamento em até 15 anos).<sup>247</sup>

Entende-se, porém, de forma diversa. Os critérios legais para parcelamento do passivo das microempresas, empresas de pequeno porte e Fazendas Públicas não podem ser utilizados para fins de verificação de eventual abuso de direito pelos credores.

Se a intenção do legislador fosse essa, certamente teria determinado na Lei 11.101/2005 que grandes empresas teriam no mínimo o mesmo prazo para pagamento do passivo que as microempresas e empresas de pequeno porte, ou então que não seria razoável que superassem o prazo de pagamento das Fazendas Públicas.

Não fez isso porque não foi essa a sua intenção. Pelo contrário, o legislador deixou a critério do devedor e dos credores negociar o prazo para pagamento dos débitos, apenas prevendo no artigo 50, inciso I, da Lei 11.101/2005 a concessão de prazo e condições especiais de pagamento como um dos meios de recuperação.

Não há qualquer abuso do credor que julgar que a empresa em recuperação tenha condições de saldar o passivo em prazo inferior àquele concedido às microempresas ou empresas de pequeno porte ou, diferentemente, que ela necessite de prazo superior àquele concedido às Fazendas Públicas. O prazo e as condições de pagamento da dívida, incluindo a concessão de descontos, podem ser negociados pelo devedor e pelos credores, constituindo direito disponível das partes.

#### **8.4.1.2 Estipulações concedendo benefício indevido ao devedor ou aos seus sócios ou impondo sacrifício excessivo aos credores**

---

<sup>247</sup> FARIA, Ely de Oliveira, 2010, p. 60-63.

Assim como se cogitou a possibilidade de abuso pelo credor que fizer exigências espúrias em contrapartida à aprovação do plano, também se pode cogitar o abuso pelo devedor que impuser sacrifício excessivo aos credores ou incluir no plano de recuperação estipulações com o objetivo de obter benefício indevido a si ou aos seus sócios.

Nesse sentido, a almejada equalização e repartição dos prejuízos não se aplica apenas aos credores, mas também ao devedor e aos seus sócios. Com efeito, considerando que em diversos casos a situação de crise é causada por má gestão e malversação de recursos, seria possível pensar que nesses casos o devedor e os sócios estariam até mesmo sujeitos a sacrifícios maiores do que aqueles impostos aos credores.

No entanto, tem-se visto planos de recuperação contendo cláusulas impondo sacrifício excessivo aos credores ou visando a obter benefício indevido, que beiram a ilegalidade e parecem ter o objetivo de proporcionar o enriquecimento ilícito do devedor e dos seus sócios à custa dos credores.

Cita-se como exemplo a imposição por parte do devedor da proibição de comunicação aos órgãos de proteção ao crédito do inadimplemento pelo devedor, seus sócios, cônjuges e garantidores.

Os órgãos de proteção ao crédito -- tais como Serasa e Serviço de Proteção ao Crédito -- SPC -- obtêm, processam e disponibilizam informações econômico-financeiras, cadastrais e comerciais com o objetivo preventivo de minimizar riscos na realização de negócios jurídicos. O acesso à informação é direito constitucional e os órgãos de proteção ao crédito têm caráter público, exercendo o importante papel de garantir o acesso e a transparência das informações nos negócios jurídicos, em consonância com o princípio da boa-fé objetiva.<sup>248</sup>

O objetivo da recuperação judicial é viabilizar a superação da crise do devedor com o propósito de preservar a empresa, e não blindar os sócios ou garantidores contra qualquer responsabilidade ou sonegar informações de acesso público.

---

<sup>248</sup> A Constituição Federal garante a todos o direito à informação, nos termos do artigo 5º, incisos XIV, XXXIII e LXXII. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor inclusive considera os serviços de proteção ao crédito e congêneres como tendo caráter público, nos termos do parágrafo 4º do artigo 43. Existe semelhante previsão no parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.507/97 (Lei do *Habeas Data*).

Nesse sentido, a proibição de comunicação do inadimplemento aos órgãos de proteção ao crédito, sujeitando inclusive os credores dissidentes, excederia manifestamente os limites impostos pela finalidade da recuperação judicial, pela boa-fé e pelos bons costumes, caracterizando abuso de direito nos termos do artigo 187 do Código Civil.

Outro exemplo é a previsão, no plano de recuperação, de afastamento da atuação jurisdicional para convolar a recuperação em falência em caso de descumprimento de obrigação prevista no plano. Esse afastamento ora decorre de uma cláusula expressa do plano nesse sentido, ora da previsão de início dos pagamentos aos credores somente após o decurso do prazo bienal do artigo 61, *caput*, da Lei 11.101/2005.

A previsão expressa de afastamento da atuação jurisdicional para convolar a recuperação em falência em caso de descumprimento de obrigação prevista no plano teria por objetivo fraudar a disposição do artigo 61, *caput*, da Lei 11.101/2005. Assim, mais do que abusiva, ela seria nula, nos termos do artigo 166, inciso VI, do Código Civil.

Já a previsão de início dos pagamentos aos credores somente após o decurso do prazo bienal do citado artigo 61 seria potencialmente abusiva.

Nesse sentido, a Lei 11.101/2005 prevê no referido artigo que o devedor permanecerá em recuperação até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até dois anos após a concessão da recuperação judicial. Durante esse período, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convolação da recuperação judicial em falência.

Essa foi uma forma encontrada pelo legislador para estabelecer um período de supervisão, durante o qual existe a possibilidade de convolação da recuperação em falência. De certo, se o devedor não consegue sequer cumprir as obrigações que se vencerem nesse prazo bienal, presume-se que o plano não tenha viabilidade econômica e que a melhor solução seja a falência.

Apesar de a Lei 11.101/2005 determinar o prazo bienal de supervisão, não foi cogitada a hipótese de o plano prever o vencimento de obrigações após o decurso do prazo bienal. Em determinados casos, é possível que a carência superior a dois anos seja justificável financeiramente. Em outros, é possível que a carência represente um simples subterfúgio para que o devedor se livre da supervisão judicial e, assim, afaste a possibilidade de

convolação da recuperação em falência. Isso violaria os limites impostos pela boa-fé e pelas finalidades da recuperação judicial, caracterizando abuso de direito.

O juiz deverá estar atento para identificar qual é o propósito de tal previsão e, se for o caso, reprimir eventual abuso de direito.

#### **8.4.1.3 Tratamento diferenciado aos credores de uma mesma classe**

Como examinado na seção 1.2.1, a Lei 11.101/2005 não determina a aplicação da *par conditio creditorum* de forma absoluta à recuperação judicial, apenas tangenciando o tema no parágrafo 3º do artigo 56 (proibição da diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes à assembleia-geral onde o plano de recuperação tenha sido aprovado), no parágrafo 2º do artigo 58 (proibição da concessão da recuperação judicial com base no *cram down* se o plano implicar tratamento diferenciado aos credores da classe que o houver rejeitado) e no artigo 172 (crime de favorecimento de credores).

Isso levou à conclusão de que a aplicação da *par conditio creditorum* está restrita a essas hipóteses na recuperação judicial.

Entretanto, pode-se cogitar a possibilidade de previsão abusiva de tratamento diferenciado aos credores de uma mesma classe no plano de recuperação.<sup>249</sup>

Um exemplo seria a previsão, no plano de recuperação, de subclasses dentro de uma mesma classe. Os credores quirografários poderiam ser segmentados pela origem do crédito (financeiros, fornecedores, etc.), vencimento da dívida (credores de longo, médio e curto prazo), valor do crédito (grandes e pequenos credores), dentre outras segmentações. Nesse exemplo, o plano de recuperação poderia prever pagamentos com prazo mais curto para alguns credores e mais longos para outros.

Se os credores concordassem com isso, não haveria problema na criação de subclasses ou no tratamento diferenciado, até porque a Lei 11.101/2005 não os proíbe. No entanto, como

---

<sup>249</sup> Ao proferir parecer sobre o tema, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo analisou a previsão de tratamento diferenciado a credores pertencentes a uma mesma classe e concluiu que, naquele caso específico, essa previsão “proporcionou a uma parcela dos credores o recebimento de seus créditos em condições que inegavelmente os favorecem”. Segundo o autor, isso foi possível porque esses credores favorecidos tinham a maioria de votos na classe, levando à conclusão de que teria ocorrido abuso de direito (2006, p. 279).

os credores das subclasses pertenceriam a uma única classe, eles votariam o plano conjuntamente, nos termos do artigo 45, parágrafo 1º, da Lei 11.101/2005. Assim, no cenário proposto, seria possível que o plano de recuperação fosse aprovado pela classe de credores quirografários como um todo, mas recebesse votos desfavoráveis de todos os credores de uma subclasse específica, que tivesse sofrido tratamento desvantajoso no plano de recuperação.

Nesse cenário, a recuperação judicial poderia, formalmente, ser concedida pelo juiz se o quórum de votação previsto na Lei 11.101/2005 fosse atingido. A rigor, não seria aplicável a exceção do parágrafo 2º do artigo 58, tendo em vista que não se estaria diante de uma situação de tratamento diferenciado entre os credores da classe que rejeitou o plano, mas sim de tratamento diferenciado entre os credores da classe que aprovou o plano.

No entanto, parece que seria uma situação de extrema injustiça, tendo em vista que os credores segmentados na subclasse prejudicada seriam obrigados a aceitar o tratamento diferenciado mesmo que discordassem desse tratamento e ele fosse injusto. Ainda que a *par conditio creditorum* não seja integralmente aplicável à recuperação judicial, o tratamento diferenciado nesse caso hipotético poderia ser invalidado com fundamento na teoria do abuso de direito. Nesse sentido, poder-se-ia falar em abuso de direito pelos credores detentores da maioria dos créditos naquela classe e pelo devedor que pretendesse favorecê-los em detrimento da minoria.

Outra situação de abuso no tratamento diferenciado aos credores de uma mesma classe seria a sua segmentação unicamente em razão do valor dos créditos. Como exemplo, menciona-se a cláusula prevendo o perdão automático do saldo devedor após um determinado prazo e a cláusula prevendo deságio e condições de pagamento desfavoráveis aos créditos de maior valor. Tais cláusulas favoreceriam os menores credores em detrimento dos maiores, a despeito de pertencerem à mesma classe, colocando-os em situação de conflito e permitindo a manipulação do quórum de votação do plano pelo devedor.<sup>250</sup>

O tratamento diferenciado deve ser utilizado com critério, moderação e razoabilidade, nos casos em que seja necessário para propiciar a recuperação da empresa e a justa

---

<sup>250</sup> Foi esse o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nas recuperações judiciais de Cerâmica Gytoku Ltda. (Agravo de Instrumento 0136362-29.2011.8.26.0000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 28.2.2012) e Alta Paulista Indústria e Comércio Ltda. e outras (Agravo de Instrumento 0264287-08.2011.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 31.7.2012).

equalização e realização do passivo. Não pode o devedor -- ainda que com a anuência da maioria dos credores -- abusar dessa previsão de modo a manipular o quórum de votação do plano, colocando os credores uns contra os outros e impondo sacrifícios excessivos à minoria.

Não fosse assim, bastaria que o devedor identificasse aleatoriamente um grupo de credores de uma determinada classe que atingisse mais da metade dos créditos e previsse tratamento diferenciado (em termos mais benéficos) a eles no plano de recuperação. Poder-se-ia até mesmo supor a criação de subgrupos bizarros, que não guardassem qualquer semelhança entre si, apenas visando à manipulação do quórum de votação. Imagine-se a criação de um subgrupo de credores detentores de créditos com diferentes origens, naturezas e perfis, apenas por se saber que eles detêm a maioria dos votos. A previsão de pagamento diferenciado a esse subgrupo caracterizaria a concessão de vantagem indevida a determinados credores em detrimento da minoria, manifestamente excedendo os limites impostos pelas finalidades da recuperação judicial, pela boa-fé e pelos bons costumes e podendo até mesmo caracterizar crime de favorecimento de credores.

Reitera-se que o fato de a *par conditio creditorum* não ser aplicável de forma absoluta à recuperação judicial não atribui uma “carta branca” para que os planos de recuperação irrestritamente estabeleçam condições de pagamento diferenciadas entre credores de uma mesma classe. A possibilidade de tratamento diferenciado deve ser exercida dentro dos limites legais, de acordo com a boa-fé e os bons costumes e respeitando as finalidades da recuperação judicial, sob pena de caracterizar abuso de direito, nos termos do artigo 187 do Código Civil. Além disso, é recomendável que, sempre que haja tratamento diferenciado aos credores de uma mesma classe, a necessidade de diferenciação seja devidamente justificada.

Se o juiz verificar que o tratamento diferenciado entre os credores de uma mesma classe foi previsto de forma abusiva, deverá afastar a previsão de tratamento diferenciado. Frise-se que o juiz deverá estar atento para evitar que as finalidades da Lei 11.101/2005 sejam deturpadas e para evitar que ela sirva de instrumento para prejudicar os direitos da minoria.

#### **8.4.1.4 Estipulações emulativas**

É de se esperar que o relacionamento entre o devedor e os credores sofra desgastes em decorrência do ajuizamento do pedido de recuperação judicial. As posições das partes costumam ser divergentes e os debates em assembleia-geral de credores acirrados. Em alguns casos, as circunstâncias que levaram à crise do devedor envolvem fraude, desvio de bens e outras irregularidades, causando um sentimento de revolta nos credores.

Isso faz com que alguns credores sejam tentados a utilizar a recuperação judicial como instrumento de vingança pessoal contra o devedor, seus sócios e administradores, inserindo disposições emulativas no plano de recuperação. Lembre-se que o ato emulativo é marcado por um objetivo que o desvia da sua normalidade, tendo o único fim de causar dano a outrem.

Se o plano de recuperação contiver estipulação emulativa, será abusivo por violar a boa-fé e os bons costumes, tendo o único objetivo de prejudicar a outra parte. Também será abusivo por violar a finalidade da recuperação judicial, na medida em que atitudes emulativas não se coadunam com o propósito maior de preservação da empresa, tampouco com o caráter social da recuperação judicial.

Um exemplo é a imposição, por mero capricho, da proibição de atuação do devedor em um determinado mercado ou a imposição injustificada da retirada de sócios e administradores.

A emulação também pode ocorrer por parte do devedor. Há situações em que o devedor atribui a responsabilidade pela crise a um credor ou grupo de credores e se sente injustiçado por ter visto o negócio ruir em razão da postura adotada por tal credor ou grupo de credores. O devedor pode ser tentado a utilizar a recuperação judicial para se vingar desses credores. Um exemplo é o fechamento de um ramo de negócio que atinja esses credores especificamente ou a previsão injustificada de rescisão de um contrato que seja lucrativo a esses credores.

O juiz deverá estar atento para identificar a existência de estipulações emulativas no plano de recuperação e reconhecer a existência de abuso, invalidando tais estipulações.

#### **8.4.2 Abuso processual**

Viu-se na seção 5.4 que o Código de Processo Civil enumera os deveres das partes litigantes e dos procuradores e regula a responsabilidade por dano processual decorrente de má-fé. Viu-se, também, que a má-fé reprimida pelo Código de Processo Civil reflete uma situação de abuso processual, em patente violação ao dever de as partes agirem com boa-fé, lealdade e probidade.

Na qualidade de processo judicial, a recuperação judicial se submete às ditas regras. Nesse sentido, a parte abusará do processo de recuperação judicial quando incorrer em qualquer das situações descritas no artigo 17 do Código de Processo Civil.

Citam-se os seguintes exemplos de situações que poderiam caracterizar abuso do processo de recuperação judicial pelo devedor: (i) causar atrasos injustificados no processo, visando a uma alteração das condições do mercado ou à obtenção de prazo adicional para negociação com os credores; (ii) interpor recursos infundados e com intuito manifestamente protelatório; (iii) recusar-se a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial ou comitê de credores; (iv) instruir a petição inicial da recuperação judicial com informação ou documentação incorreta ou injustificadamente incompleta; e (v) utilizar a recuperação judicial para resolver disputas entre os sócios.

Por outro lado, pode-se levantar exemplos de situações que poderiam caracterizar abuso do processo de recuperação judicial pelos credores: (i) apresentar habilitação ou impugnação de crédito em valor sabidamente incorreto e/ou instruída com documentação falsa; (ii) divulgar informações falsas sobre o devedor no curso da recuperação judicial, a fim de levá-lo à falência; (iii) deduzir pedido de falência manifestamente infundado; (iv) causar atrasos injustificados no processo, visando ao término do prazo de suspensão de que trata o artigo 6º, parágrafo 4º, da Lei 11.101/2005 ou a uma alteração das condições do mercado; e (v) interpor recursos infundados e com intuito manifestamente protelatório.

Quando o juiz identificar o abuso processual, deverá sancioná-lo prontamente, evitando que a parte se beneficie de uma má-fé processual.

## 9 CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO DE DIREITO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Examinada a possibilidade de aplicação da teoria do abuso de direito à recuperação judicial e as diferentes situações de abuso que podem surgir, cabe agora analisar quais serão as consequências do eventual abuso verificado.

### 9.1 Esclarecimentos sobre as consequências do abuso de direito de acordo com o Código Civil

O artigo 187 do Código Civil traz os pressupostos para a configuração do abuso, mas não aponta quais serão as suas consequências. Considerando que o Código Civil expressamente classifica o ato abusivo como ilícito, as consequências do abuso podem estar relacionadas àquelas do ato ilícito em geral.

Nesse sentido, o artigo 927 do Código Civil dispõe que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Tem-se aqui a primeira consequência do abuso: se o ato abusivo causar dano a outrem, haverá a consequente responsabilidade pela reparação do dano.

Os pressupostos legais para a responsabilidade civil por abuso são os mesmos do dever de indenizar em geral.<sup>251</sup> Lembre-se apenas que, no caso específico do artigo 187, inexistente a obrigação de demonstrar a culpa ou dolo do agente, considerando o caráter objetivo da responsabilidade.

Cláudio Antônio Soares Levada explica que a extensão da reparação varia de acordo com o grau de responsabilidade do agente. Assim, ainda que seja desnecessário perquirir sobre culpa ou dolo para que haja responsabilidade por abuso, entende que a extensão da indenização de quem não age com culpa ou dolo deve ser diferente daquela de quem age emulativamente, com o objetivo de causar prejuízo à vítima.<sup>252</sup> Cita o artigo 944 do Código

---

<sup>251</sup> GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello, 2007, p. 195.

<sup>252</sup> LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *Anotações sobre o Abuso de Direito*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 11, jul./set. 2002, p. 180.

Civil, pelo qual o juiz está autorizado a reduzir equitativamente a indenização quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Concorda-se que, ainda que o abuso de direito seja um instituto objetivo, a intenção das partes pode ser relevante. De fato, o abuso requer uma ponderação global da situação concreta, sob pena de se cair no formalismo que se pretende evitar.<sup>253</sup>

No entanto, a despeito de a questão ser controversa, não se vê margem para aplicação do artigo 944 do Código Civil no caso de abuso de direito, considerando se tratar de responsabilidade objetiva e não subjetiva.<sup>254</sup> Independentemente da existência e/ou gravidade da culpa, o dano causado pelo abuso deve ser ressarcido integralmente.

De outra parte, cabe indagar se, além da obrigação de indenizar, poderiam advir outras consequências do abuso.

Para Darcy Bessone, a consequência do abuso será, em regra, a indenização dos prejuízos que dele resultem. Aceita apenas excepcionalmente que haja a nulidade do ato abusivo ou a sua reforma.<sup>255</sup>

O seu escólio merece atualização. A tendência moderna é a reparação total do dano -- por exemplo, mediante a condenação do agente a uma obrigação de fazer -- ou a prevenção. O elemento preponderante é a reparação ou prevenção do dano, e não mais a punição do responsável.

Essa tendência aplica-se igualmente ao abuso de direito, onde os tribunais têm cada vez mais determinado providências cominatórias e a invalidação de cláusulas contratuais. Nesse sentido, Rui Stoco aponta consequências do abuso que vão além da indenização, incluindo impedimentos, restrições de direitos e nulidades.<sup>256</sup>

Em se tratando de relação contratual, a consequência do abuso costuma ser o desfazimento contratual ou a nulidade da cláusula, cumulada ou não com indenização. Outras vezes, a consequência será a obrigação de fazer para retirar os efeitos do ato abusivo, sem que haja necessariamente um dever indenizatório (por exemplo, obrigando-se à

---

<sup>253</sup> CORDEIRO, António Menezes, 2009, p. 103.

<sup>254</sup> Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação sem revisão 1101499-0/0, 35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Hamid Charaf Bdine Júnior, julgado em 28.5.2007).

<sup>255</sup> BESSONE, Darcy, 1997, p. 238.

<sup>256</sup> STOCO, Rui, 2007, p. 123.

derrubada de um muro construído de modo a prejudicar o vizinho). O ato abusivo também pode ser combatido preventivamente.<sup>257</sup>

Rubens Limongi França traz outros exemplos interessantes de consequências do abuso contratual, dentre os quais vale mencionar: (i) uso nocivo da propriedade, sancionado pelo direito de exigir a cessação do uso; (ii) purgação reiterada da mora em contratos de locação, sancionada pelo despejo; (iii) recusa de venda, sancionada pela obrigação de venda; e (iv) rescisão do contrato de trabalho para evitar que empregados adquiram certos direitos, sancionada pela readmissão e reconhecimento dos direitos, além da responsabilidade civil. Apresenta, também, os exemplos de abuso de greve, sancionado pela determinação de retorno ao trabalho sob pena de multa, e abuso na inserção de nome de indivíduo no sistema de proteção do crédito, sancionado pela retirada da restrição<sup>258</sup>, além de possível indenização.<sup>259</sup>

## 9.2 Consequências do abuso de direito na recuperação judicial

Na linha do que foi dito anteriormente, as lições aplicáveis aos atos abusivos sob a égide do Código Civil também se aplicam aos atos abusivos na recuperação judicial. Deve ocorrer a reparação total do dano e, nos casos em que a indenização for insuficiente, os tribunais devem estar atentos para determinar providências cominatórias ou preventivas, invalidação da deliberação abusiva, da cláusula ou do plano de recuperação considerado abusivo.

Serão examinadas a seguir as diferentes consequências de cada modalidade de abuso na recuperação judicial.<sup>260</sup>

---

<sup>257</sup> Como, por exemplo, no caso de nunciação de obra nova para impedir uma construção que possa prejudicar terceiros (LEVADA, Cláudio Antônio Soares, 2002, p. 180-181).

<sup>258</sup> Apud LEVADA, Cláudio Antônio Soares, op. cit., p. 182.

<sup>259</sup> Acréscimo desta autora. Vale esclarecer que, nos casos em que for aplicável o Código de Defesa do Consumidor, a consequência da abusividade das cláusulas contratuais será a nulidade, nos exatos termos do artigo 51 daquele diploma legal. Lembre-se, também, que os pressupostos para a configuração da abusividade de cláusulas contratuais em relação de consumo estão expressamente previstos no referido artigo 51 e são mais específicos do que aqueles previstos no artigo 187 do Código Civil.

<sup>260</sup> É importante notar que o abuso também poderá ter consequências em outras esferas, tais como penal e tributária. Tais consequências, porém, fogem do escopo deste trabalho.

### 9.2.1 Abuso do direito de voto pelos credores

A consequência do abuso do direito de voto pelos credores depende de o voto em questão ter sido decisivo para a deliberação tomada em assembleia-geral de credores.

Se o voto tiver sido decisivo, o abuso contaminará a própria deliberação tomada em assembleia, levando à invalidação do voto e da deliberação, sem prejuízo da indenização por perdas e danos decorrentes do abuso.

Lembre-se que, para que o mandamento de reparação integral seja satisfeito, muitas vezes não bastará o pagamento de indenização. Em linha com o que foi explicado anteriormente, podem ser necessárias medidas mais efetivas, incluindo a invalidação da deliberação. Na maioria dos casos de voto abusivo determinante para a formação da maioria, apenas a invalidação da deliberação fará com que cessem os efeitos nocivos do abuso e sejam não apenas ressarcidos os prejuízos daí advindos, mas também evitados novos prejuízos.

No caso de irregularidades pequenas e irrelevantes, porém, não faria sentido invalidar a deliberação, pois isso atentaria contra a estabilidade das deliberações assembleares. Nesses casos, seria preferível dar a oportunidade para que a irregularidade fosse sanada ou, dependendo do caso, fosse desconsiderada em razão da sua irrelevância.

Vale observar que, nos termos do artigo 39, parágrafo 3º, da Lei 11.101/2005, no caso de invalidação de deliberação da assembleia-geral de credores, ficam resguardados os direitos de terceiros de boa-fé, respondendo os credores que aprovarem a deliberação pelos prejuízos causados por dolo ou culpa.

Assim, se um terceiro de boa-fé adquirir um ativo da recuperanda, por exemplo, e a deliberação assemblear que aprovar a alienação for posteriormente invalidada, essa invalidação não acarretará a invalidação da alienação efetuada ao terceiro de boa-fé. Porém, as pessoas que aprovaram a deliberação poderão ser responsabilizadas pelos prejuízos daí decorrentes.

O objetivo do referido dispositivo é assegurar a estabilidade das deliberações assembleares e os direitos dos terceiros de boa-fé, seguindo a tendência das modernas

concepções acerca dos efeitos da invalidade das deliberações assembleares perante terceiros.<sup>261</sup>

Também é importante observar que a anulação da deliberação não acarretará necessariamente a anulação dos atos com base nela praticados. Se for praticado um ato com base na deliberação anulada, deve-se requerer também a anulação daquele ato.<sup>262</sup>

Por outro lado, se o voto não tiver sido decisivo para a decisão tomada em assembleia, a deliberação assemblear permanecerá hígida. A consequência do abuso será a condenação do credor ao pagamento de indenização pelos prejuízos eventualmente decorrentes do abuso. É difícil imaginar quais prejuízos seriam esses, considerando que nesse cenário o voto teria sido irrelevante para a deliberação tomada em assembleia de credores. No entanto, se ficar demonstrada a existência de algum prejuízo e o nexó de causalidade entre o prejuízo e o voto, será de rigor a indenização.

É interessante trazer as lições do autor português António Pereira de Almeida acerca do abuso do direito de voto nas deliberações sociais. O autor entende que o que se impugna não é o voto, mas sim a deliberação social por ele maculada. Com base nisso, conclui que não haveria que se fazer qualquer verificação em relação ao voto ter sido determinante para a formação da maioria (também chamada “prova de resistência”). Como se impugna a deliberação, e não o voto, todos os votos que venceram seriam de certa forma fundidos, não sendo possível distinguir entre os votos abusivos e os não abusivos. Assim, no caso específico do abuso, entende que seria irrelevante conduzir a “prova de resistência”.<sup>263</sup>

As lições do autor são desafiadoras e levantam a pergunta, em relação às deliberações assembleares, se realmente faria sentido impugnar o voto exercido pelo credor de forma abusiva -- sendo ele determinante ou não para a formação da maioria -- ou se apenas faria sentido impugnar a deliberação com base nele tomada.

De fato, quando se investigar eventual abuso no exercício do direito de voto, o objetivo da investigação não será analisar o voto individualmente, mas sim a deliberação com base nele tomada (seja ela a aprovação ou rejeição do plano de recuperação ou alguma outra deliberação). É de se esperar que a parte que alegue abuso no exercício do voto pleiteie a

---

<sup>261</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, 2007, p. 212.

<sup>262</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, 2009, p. 25.

<sup>263</sup> ALMEIDA, António Pereira de. A relevância dos vícios do voto nas deliberações sociais. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Org.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*. v. IV, Coimbra: Almedina, 2003, p. 655.

invalidação da deliberação com base nele tomada, que ao final refletirá o resultado prático por ela almejado.

No entanto, essa conclusão nem sempre será verdadeira. Não se pode descartar a possibilidade de a parte pleitear apenas o reconhecimento de abuso no exercício do voto, requerendo indenização pelos prejuízos daí decorrentes e/ou invalidação daquele voto específico.

O pleito indenizatório seria absolutamente viável, dependendo apenas da demonstração do cumprimento dos pressupostos para a obrigação de indenizar. Já o pleito de invalidação do voto dependeria do interesse da parte em pleitear a invalidação. Nesse sentido, a parte precisaria demonstrar que possui interesse legítimo em requerer a invalidação daquele voto específico.<sup>264</sup>

Se o voto em questão não tiver sido determinante para a aprovação da deliberação assemblear, o interesse da parte em pleitear a invalidação do voto seria questionável, tendo em vista que a invalidação aparentemente não teria utilidade prática. Diferentemente, se o voto tiver sido determinante para a aprovação da deliberação assemblear, o interesse estaria evidente. Nesse caso, faria sentido a parte também deduzir pedido de invalidação da deliberação assemblear maculada pelo voto em questão.

Em conclusão, entende-se que as lições de António Pereira de Almeida em relação às deliberações sociais não se aplicam às deliberações da assembleia-geral de credores. É possível sim impugnar o voto individualmente, não fazendo sentido restringir a impugnação à deliberação. No entanto, caso haja a impugnação apenas do voto individualmente considerado, a parte deverá demonstrar que possui interesse legítimo na impugnação.

Outro questionamento que se faz é se a consequência do abuso do direito de voto pelo credor seria a invalidação ou a ineficácia do voto.

A jurisprudência ainda não se manifestou de forma clara sobre o tema. Identificou-se um precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo examinando a alegação de rejeição abusiva do plano de recuperação por credor com garantia real. O Tribunal reconheceu o abuso e consignou que não se poderia “admitir validade” à rejeição do plano pelo credor com garantia real naquele caso. Apesar de o acórdão dar a impressão de que o Tribunal teria

---

<sup>264</sup> Deverá, para tanto, cumprir com o binômio necessidade-adequação e buscar a solução jurídica correta para o pedido e indispensável para a obtenção do bem da vida pretendido.

determinado a invalidade do voto, logo em seguida consignou que a melhor solução seria “ignorar a rejeição” pelo credor. Fica a dúvida, portanto, se o Tribunal entendeu pela invalidade ou pela ineficácia do voto.

Ely de Oliveira Faria, que atua como administrador judicial, entende que a consequência do voto abusivo pelo credor seria a ineficácia, considerando o princípio da celeridade que motiva a recuperação judicial e a impossibilidade de retornar ao *status quo ante* em razão do desperdício de tempo que poderia ocorrer.<sup>265</sup>

Na prática, a diferença entre ambas as situações é pequena, considerando que tanto no caso de invalidade quanto no de ineficácia do voto o resultado seria a invalidação da deliberação assemblear para a qual o voto foi determinante.

Como a lei não estabelece as consequências do abuso de direito, apenas determinando a reparação do dano dele advindo, entende-se que o juiz tem flexibilidade para, no caso concreto, determinar a consequência que reputar adequada para propiciar a reparação integral do dano, incluindo a invalidação ou a ineficácia do voto.

O importante é que, em qualquer dos casos, a invalidação ou a ineficácia acarretem a desconsideração do voto para fins de contagem do número de credores e de créditos presentes à assembleia-geral, de modo a evitar que o voto abusivo impacte o quórum de votação do artigo 45 da Lei 11.101/2005.

### **9.2.2 Abuso do poder econômico**

A consequência do abuso do poder econômico na recuperação judicial deverá ser determinada pelo juiz considerando as particularidades do caso, de modo a propiciar a reparação total do dano e a cessação dos efeitos nocivos do abuso. Possíveis consequências incluem a invalidação do ato abusivo e a indenização dos prejuízos causados em razão da sua prática.

No âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, também serão aplicáveis as penalidades previstas no artigo 37 da Lei 12.529/2011, visando à total eliminação dos efeitos

---

<sup>265</sup> FARIA, Ely de Oliveira, 2010, p. 48.

nocivos da infração. Tais penalidades incluem multa sobre o faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado, publicação de extrato da decisão condenatória em jornal, proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação, inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, restrições ao direito de propriedade intelectual, restrições tributárias, cisão, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade e proibição de exercer comércio.

A punição do infrator levará em consideração a gravidade da infração, a boa-fé do infrator, a vantagem por ele auferida ou pretendida, a consumação ou não da infração, o grau ou perigo de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, a situação econômica do infrator e a reincidência.

### **9.2.3 Abuso do fornecedor**

Caso exista abuso do fornecedor ao interromper o fornecimento de bens ou serviços à empresa em recuperação ou exigir condições abusivas para o fornecimento, a consequência será a obrigação de fornecimento em termos justos e equilibrados, sem prejuízo da indenização dos prejuízos decorrentes do abuso.

### **9.2.4 Abuso do direito de veto pelo devedor**

A consequência do abuso do direito de veto pelo devedor também será determinada pelo juiz considerando as particularidades do caso, de modo a propiciar a reparação total do dano e a cessação dos efeitos nocivos do abuso. Possíveis consequências incluem a invalidação do veto e a indenização dos prejuízos dele decorrentes.

Ainda que a condenação do devedor à indenização de eventuais prejuízos decorrentes do veto abusivo seja em tese possível, na prática seria de pouca utilidade, tendo em vista que o veto implicaria a decretação de falência e as chances de pagamento dessa indenização no cenário de falência seriam mínimas.

Assim, nos casos de veto abusivo do plano de recuperação pelo devedor, a invalidação do veto, com a consequente imposição da aprovação do plano à revelia do devedor, seria a medida mais apropriada para proporcionar a reparação do dano. A invalidação poderia ser cumulada com indenização por perdas e danos, se cumpridos os pressupostos para a obrigação de indenizar.

### **9.2.5 Abuso dos sócios**

A consequência do abuso dos sócios na recuperação judicial também deverá ser determinada pelo juiz considerando as particularidades do caso, de modo a propiciar a reparação total do dano e a cessação dos efeitos nocivos do abuso. Possíveis consequências incluem a invalidação do ato abusivo e a indenização dos prejuízos causados em razão da sua prática.

No âmbito da sociedade onde o sócio que agiu abusivamente tem participação, a consequência do abuso depende de como ele se manifestou. Se o abuso tiver sido manifestado pelo voto em assembleia-geral da companhia, a consequência será a anulação da deliberação social tomada em decorrência do voto, nos termos do artigo 115, parágrafo 4º, da Lei das Sociedades Anônimas. Além disso, o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido. Vale observar que, nos termos do parágrafo 3º do referido artigo, a responsabilidade por abuso do acionista existirá ainda que seu voto não haja prevalecido.

Diferentemente, no caso específico de abuso do poder de controle, o artigo 117 da Lei das Sociedades Anônimas prevê a responsabilização do acionista pelos prejuízos causados em decorrência do abuso.

No caso de companhia aberta, também poderá haver sanção administrativa junto à Comissão de Valores Mobiliários, que tem competência para fiscalizar, investigar e punir os atos que ferem o interesse público no exercício do poder de controle na companhia.<sup>266</sup> Tal sanção inclui, nos termos da Lei 6.385/76, advertência, multa, suspensão ou cassação de

---

<sup>266</sup> CARVALHOSA, Modesto, 2011, p. 606, 641 e 642.

autorização e registro e outras sanções de natureza pessoal aos controladores, incluindo impedimentos para praticarem determinadas atividades.

### **9.2.6 Abuso dos administradores**

De forma semelhante ao que se disse em relação aos sócios, a consequência do abuso dos administradores do devedor em recuperação judicial também deverá ser determinada tendo em vista as particularidades do caso, de modo a propiciar a reparação total do dano e a cessação dos efeitos nocivos do abuso.

Possíveis consequências incluem a invalidação do ato abusivo, a indenização dos prejuízos causados à empresa, aos acionistas e/ou a terceiros (aí incluídos os credores) em decorrência do ato abusivo e o afastamento do administrador do seu cargo, nos termos do artigo 64 da Lei 11.101/2005.

No caso de administrador de companhia aberta, além da reparação civil, poderá haver sanção administrativa junto à Comissão de Valores Mobiliários. Tal sanção inclui, nos termos da Lei 6.385/76, advertência, multa e outras sanções de natureza pessoal aos administradores, incluindo suspensão do exercício do cargo de administrador e inabilitação temporária.

### **9.2.7 Abuso da personalidade jurídica**

A consequência do abuso da personalidade jurídica será a extensão dos efeitos de obrigações da empresa em recuperação aos bens particulares dos sócios ou administradores, nos termos do artigo 50 do Código Civil.

### **9.2.8 Plano de recuperação abusivo**

A consequência do abuso no plano de recuperação será a invalidação do próprio plano ou da cláusula considerada abusiva, sem prejuízo da indenização de eventuais prejuízos decorrentes do abuso.

Nesse sentido, se o plano for integral ou substancialmente considerado abusivo, a consequência será a sua total invalidação, decretando-se a falência do devedor ou concedendo-se oportunidade para a submissão de novo plano de recuperação, dependendo do que o caso demandar.

Diferentemente, se apenas uma cláusula do plano for considerada abusiva, a consequência será a invalidação da cláusula em questão (anulação ou nulidade, dependendo do caso), preservando-se o plano na parte válida. Haverá a invalidação total do plano apenas se a cláusula em questão for de tamanha relevância que, sem ela, o plano perca sentido ou se for possível presumir que, sem ela, as partes não teriam aprovado o plano. Vale mencionar que é bastante comum nos planos de recuperação a previsão de que a invalidação de uma cláusula não acarretará a invalidação automática de todo o plano. Essa também é a consequência prevista no artigo 184 do Código Civil, que dispõe que, respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável.

Outrossim, cabe questionar se a cláusula seria inválida ou somente ineficaz em relação à parte que tivesse arguido a existência de abuso.

A esse respeito, menciona-se precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinando a ineficácia, somente em relação ao agravante, de uma cláusula do plano de recuperação considerada ilícita.

Os devedores interpuseram Recurso Especial contra essa decisão sustentando a legalidade da cláusula, dentre outras alegações. Apesar de o Superior Tribunal de Justiça ter negado provimento ao recurso, consignou a nulidade da cláusula, e não a sua ineficácia em relação à parte recorrente, diferentemente do que havia sido determinado pelo acórdão recorrido. A questão merecia ser esclarecida em embargos de declaração, mas nenhuma das partes recorreu e o acórdão transitou em julgado contendo uma aparente contradição em relação ao fato de a cláusula ser nula ou ineficaz.

Não faria sentido determinar a ineficácia de uma cláusula abusiva apenas em relação à parte recorrente. Primeiro porque, sendo a cláusula em questão abusiva, seria de rigor a sua

invalidação em relação a todas as partes sujeitas à recuperação judicial, a fim de coibir os efeitos maléficis do abuso e observar o interesse público envolvido na recuperação judicial.

Segundo porque o plano de recuperação é um só, aplicável a todos aqueles a ele sujeitos. Se a cláusula fosse considerada ineficaz apenas em relação a um credor, poderiam surgir situações de injustiça e insegurança jurídica em relação à aplicação do plano. Por exemplo, se uma cláusula prevendo a quitação automática da dívida após determinado período fosse considerada apenas ineficaz em relação ao credor recorrente, poder-se-ia chegar a uma situação onde apenas um credor receberia o pagamento da dívida após o referido período e os demais credores repartiriam entre eles o sacrifício imposto pela cláusula em comento. Essa situação seria injusta e causaria desequilíbrio entre as partes.

Assim, a melhor solução seria a invalidação da cláusula em relação a todas as partes sujeitas à recuperação, coibindo o abuso e garantindo a reparação total do dano.

A ineficácia relativa a uma das partes poderia ser aceita apenas em situações específicas, onde a natureza do abuso demandasse essa solução. Por exemplo, isso poderia ocorrer nos casos em que uma cláusula do plano de recuperação impusesse a liberação de todas as garantias constituídas em favor dos credores. Se um determinado credor votasse contra a aprovação do plano ou manifestasse formalmente em assembleia-geral de credores a sua discordância em relação a essa cláusula, o juiz poderia determinar a sua ineficácia apenas em relação àquele credor específico.

### **9.2.9 Abuso processual**

A consequência do abuso processual será aquela descrita no artigo 18 do Código de Processo Civil, consistente da condenação ao pagamento de multa não superior a 1% do valor da causa e indenização dos prejuízos sofridos pela parte contrária, mais honorários advocatícios e despesas. Vale notar que, de acordo com o parágrafo 2º do referido artigo, o

valor da indenização deverá ser fixado pelo juiz em quantia não superior a 20% do valor da causa ou liquidado por arbitramento.<sup>267</sup>

Dentre os prejuízos que podem ter sido causados a terceiros, citam-se os gastos incorridos por credores com a contratação de advogados, acompanhamento do processo de recuperação judicial e participação em assembleia-geral de credores, a greve de funcionários, os prejuízos sofridos pelos sócios minoritários do devedor com a queda do valor da participação societária, os efeitos nocivos do eventual vencimento antecipado de contratos, entre outros.

Observa-se, de todo modo, que a relevância do abuso processual não decorre da existência de um prejuízo sofrido pela parte, até porque não só a parte é ofendida pelo abuso processual, mas também a dignidade da justiça. Assim, nos termos do artigo 18 do Código de Processo Civil, a multa será arbitrada pelo juízo *ex officio*, inexistindo a necessidade de comprovação do prejuízo. A comprovação do prejuízo será necessária apenas caso a parte pretenda obter indenização além da multa estabelecida no artigo 18.

Além da imposição da multa e indenização acima descritas, deverá o juiz determinar as medidas necessárias para imediatamente fazer cessar os efeitos nocivos do abuso. Se, por exemplo, o devedor instruir a petição inicial da recuperação judicial com informação ou documentação incorreta ou injustificadamente incompleta, deverá o juiz determinar a sua pronta correção e/ou complementação.

---

<sup>267</sup> Dependendo de como o abuso se manifeste, há outras penalidades previstas no Código de Processo Civil, como, por exemplo, a multa de 1 a 10% sobre o valor da causa prevista no parágrafo único do artigo 538 e a multa em valor não superior a 20% do valor em execução prevista no parágrafo único do artigo 740. Outrossim, no caso específico de requerimento doloso de falência, o artigo 101 da Lei 11.101/2005 prevê a indenização do devedor por perdas e danos, a serem apurados em liquidação de sentença.

## 10 ANÁLISE DE CASOS

### 10.1 Posição da jurisprudência após a entrada em vigor da Lei 11.101/2005

Após a entrada em vigor da Lei 11.101/2005, prevalecia o entendimento jurisprudencial de que as deliberações da assembleia-geral de credores sobre o plano de recuperação eram soberanas. Caberia ao juiz apenas verificar o cumprimento dos requisitos legais para a concessão da recuperação judicial.<sup>268</sup>

Já existiam, porém, decisões reconhecendo a possibilidade de o juiz invalidar cláusula de plano de recuperação manifestamente ilegal. Nesse sentido, menciona-se acórdão da lavra do Desembargador Boris Kauffmann, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que determinou que “apesar da pouca ingerência do Poder Judiciário na aprovação do Plano de Recuperação Judicial, este não pode adotar meios que violem o ordenamento jurídico”, como era o caso da imposição da conversão de debêntures em ações da devedora, independentemente da vontade do debenturista.<sup>269</sup>

Pode-se igualmente citar acórdão da lavra do Desembargador Pereira Calças, também do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no sentido de que a maior atuação dos credores na recuperação judicial “não tem o condão de transformar o juiz em um mero chancelador ou homologador das deliberações assembleares”, bem como que, apesar de soberana na análise dos seus interesses, a assembleia-geral de credores está sujeita ao crivo do Judiciário.<sup>270</sup>

Em outro acórdão sobre o assunto, o Desembargador Romeu Ricupero afirmou a soberania da assembleia-geral para deliberar sobre o conteúdo do plano de recuperação. Porém, trazendo as lições de Alberto Camiña Moreira, levantou a hipótese de a assembleia-geral aceitar plano de recuperação teratológico, que viole as normas de ordem pública ou os

---

<sup>268</sup> Dentre outros: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação sem Revisão 664.543.4/5-00, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 27.10.2009; Agravo de Instrumento 555.891-4/2-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 9.6.2009; Agravo de Instrumento 471.361.4/2-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 30.5.2007.

<sup>269</sup> Agravo de Instrumento 493.240.4/1-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Boris Kauffmann, julgado em 1.8.2007.

<sup>270</sup> Agravo de Instrumento 461.740.4/4-00, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 28.2.2007.

bons costumes.<sup>271</sup> Apesar de as lições transcritas concluírem que isso seria difícil de ocorrer, o Tribunal deu a entender que, no caso de teratologia, o juiz poderia intervir para superar a vontade da maioria dos credores.<sup>272</sup>

Ainda que o referido acórdão não firme posição clara no sentido de ser ou não possível o controle das deliberações assembleares pelo Judiciário, também transcreve lições de Jorge Lobo defendendo a possibilidade de controle judicial da legalidade do plano de recuperação, inclusive para coibir fraude, abuso de direito ou violação à lei, moral, bons costumes, boa-fé e interesse público.

Inobstante a existência dos acórdãos acima citados, que já pincelavam a possibilidade de controle da legalidade das deliberações assembleares pelo Judiciário, a posição ainda era tímida e prevalecia o entendimento quanto à soberania da assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.

## **10.2 Evolução da jurisprudência**

Serão analisados a seguir casos emblemáticos que apresentam a evolução da jurisprudência em relação à possibilidade de controle da legalidade das deliberações assembleares. Conforme será verificado, a questão evoluiu gradativamente desde meados de 2007 e sofreu uma reviravolta recentemente, com a prolação de acórdãos que defendem a necessidade de uma atuação mais enérgica do Judiciário no controle da legalidade das deliberações assembleares.

### **10.2.1 PPL Participações Ltda.**

---

<sup>271</sup> Nesse sentido, Alberto Camiña Moreira ensina que o juiz não deve examinar o conteúdo do plano de recuperação aceito pelos credores, devendo homologá-lo conforme previsto na Lei 11.101/2005. Segundo o autor, essa tarefa não seria desairosa ao juiz, mas sim importante, considerando o escopo da pacificação social. Apesar de o autor comentar a hipótese de um plano teratológico e a possibilidade de intervenção judicial para superar a vontade dos credores, conclui que a hipótese seria difícil de ocorrer, considerando que “a relação jurídica em discussão na assembleia de credores é obrigacional: débito-crédito, com pouca margem para incidência da teratologia” (Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.), 2005, p. 254-255).

<sup>272</sup> Agravo de Instrumento 500.624.4/8-00, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. do voto Des. Romeu Ricupero, julgado em 26.3.2008.

O primeiro caso que se pode citar é a recuperação judicial de PPL Participações Ltda.<sup>273</sup>, onde o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo analisou a possibilidade de concessão de uma segunda chance para que a recuperanda submetesse plano de recuperação alternativo, após a rejeição do primeiro plano pela assembleia-geral de credores.<sup>274</sup>

Com base no poder conferido pelo artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o Tribunal afastou o decreto de falência que decorria da leitura literal do artigo 56, parágrafo 4º, da Lei 11.101/2005, e interpretou o referido artigo sob o enfoque do princípio da preservação da empresa, insculpido no artigo 47 da Lei 11.101/2005. O Tribunal determinou que, não obstante a maior atuação dos credores na recuperação judicial, a Lei 11.101/2005 não transformou o juiz em mero chancelador das deliberações assembleares.

Em outro julgado, também na recuperação judicial de PPL Participações Ltda., o Tribunal analisou a alegação da recuperanda de que o maior credor, detentor de direito de veto do plano de recuperação, estaria se valendo abusivamente dessa posição.<sup>275</sup> A recuperanda alegou que o crédito detido por tal credor havia sido impugnado judicialmente e requereu provimento liminar para aguardar o julgamento da impugnação para, somente depois, designar assembleia-geral de credores para votação do plano.

O Tribunal consignou a necessidade de observação do artigo 40 da Lei 11.101/2005 e negou seguimento ao recurso. No entanto, ressaltou que:

[...] na eventualidade de se verificar, no futuro, abuso de direito por parte do CSI ao exercer o direito de voz e voto que lhe foi conferido por esta Corte de Justiça, responderá por perdas e danos, nos precisos termos do artigo 101, da Lei nº 11.101/2005. A responsabilidade por abuso do direito de voto na Assembléia-Geral de Credores será da pessoa jurídica (CSI), que assim proceder, havendo ainda a responsabilidade pessoal dos diretores da referida instituição financeira, que poderão, no futuro, responder com seu patrimônio particular, se demonstrado o abuso do direito sob o escudo da pessoa jurídica.

---

<sup>273</sup> Antes denominada Parmalat Participações do Brasil Ltda.

<sup>274</sup> Agravo de Instrumento 461.740-4/4-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 28.2.2007.

<sup>275</sup> Agravo de Instrumento 507.131.4/9-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 7.10.2007.

Nota-se que o Tribunal antecipou o entendimento de que o eventual abuso do direito de voto por parte do credor acarretaria a sua responsabilidade por perdas e danos e, dependendo do caso, também a responsabilidade dos seus diretores.

### **10.2.2 Plastunion Indústria de Plásticos Ltda.**

O segundo caso que merece ser citado é a recuperação judicial de Plastunion Indústria de Plásticos Ltda., onde o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que o juiz e o Ministério Público não poderiam se imiscuir no mérito do plano ou na sua viabilidade econômico-financeira.<sup>276</sup>

No entanto, seguindo a linha dos julgados anteriormente mencionados, o Tribunal determinou que, caso se demonstrasse o abuso de direito por algum credor que impusesse sua vontade à assembleia para rejeitar o plano, admitir-se-ia, excepcionalmente, a concessão de oportunidade para submissão de novo plano à assembleia-geral de credores.

Nesse caso, em vez de consignar a possibilidade de responsabilização por perdas e danos decorrentes do abuso de direito, o Tribunal determinou a possibilidade de se conceder oportunidade para a submissão de novo plano aos credores. A mudança antecipa a percepção por parte do Tribunal de que, em determinados casos, a responsabilização civil seria insuficiente para a solução do caso concreto. Assim, demonstra o início de uma abertura -- ou melhor, flexibilização -- do Tribunal para atribuir consequências diversas ao abuso de direito, incluindo a invalidação do voto reputado abusivo.

### **10.2.3 Marbel R. C. Comércio, Importação e Exportação Ltda.**

Já na recuperação judicial de Marbel R. C. Comércio, Importação e Exportação Ltda., analisou-se o requisito para aplicação do *cram down* previsto no artigo 58, parágrafo 1º,

---

<sup>276</sup> Agravo de Instrumento 561.271-4/2-00, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 30.7.2008.

inciso III, da Lei 11.101/2005.<sup>277</sup> Naquele caso, existia um único credor na classe dos credores com garantia real, de forma que o voto desfavorável daquele credor representaria a absoluta impossibilidade de preenchimento do aludido requisito para *cram down*.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que a hipótese de credor único em uma classe não foi cogitada pelo legislador e implicaria a decretação de falência sempre que aquele credor votasse contrariamente ao plano, ainda que o plano não acarretasse *unfair discrimination* e fosse *fair and equitable* em relação a todas as classes. Segundo o Tribunal, isso consagraria o abuso pelo credor com garantia real suficiente que, em atitude egoística, rejeitasse o plano de recuperação, prejudicando todos os outros credores.

Para evitar a consagração de abuso no exercício do direito de voto e para cumprir com a função pública da recuperação judicial, o Tribunal permitiu a aprovação do plano não obstante a rejeição pelo credor com garantia real.

Essa decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo influenciou decisões posteriores, inclusive de outros tribunais, no sentido de possibilitar o reconhecimento do abuso no exercício do direito de voto pelo credor com garantia real.<sup>278</sup>

#### **10.2.4 Laginha Agro Industrial Ltda.**

Na recuperação judicial de Laginha Agro Industrial Ltda., o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas analisou o pedido de exclusão do direito de voto de credor que supostamente estava em situação de conflito de interesses.<sup>279</sup> O Tribunal consignou que a existência de conflito de interesses não é suficiente para afastar o direito de voto do credor, até porque a divergência de interesses é inerente à própria natureza da recuperação judicial.

---

<sup>277</sup> Agravo de Instrumento 627.287-4/5-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 30.6.2009.

<sup>278</sup> Dentre outros, pode-se citar os seguintes julgados onde o abuso da minoria foi reconhecido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 627.497-4/3-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 30.6.2009; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 649.192-4/2-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 18.8.2009; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 638.631-4/1-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 18.8.2009.

<sup>279</sup> Agravo de Instrumento 2009.001751-4, 3ª Câmara Cível, Des. Rel. Nelma Torres Padilha, julgado em 12.4.2010.

Segundo o Tribunal, não é “suasório o afastamento do direito de voto de um credor, que preenche os requisitos legais para ali estar, ou tampouco, em um juízo precipitado, entender pela conflitância de interesses” antes de o credor exercer o direito de voto.

O Tribunal também determinou que o simples fato de o credor atuar no mesmo ramo de mercado da recuperanda não caracteriza conflito de interesses capaz de afastar o direito de voto. Até porque, não fosse assim, haveria uma suposta presunção absoluta de conflito em todos os casos envolvendo concorrente, o que não seria razoável e não teria sido desejado pelo legislador.

Na recuperação judicial de Laginha Agro Industrial Ltda., alegou-se que um dos credores teria interesse na falência da empresa para, depois, adquirir os seus ativos com significativo deságio em leilão judicial. Com fundamento nessa e em outras alegações, pleiteou-se o afastamento do direito de voto do credor por conflito de interesses.

O Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas entendeu que o fato de o credor pretender adquirir os ativos da recuperanda em um futuro leilão judicial também não caracteriza conflito de interesses, já que a alteração de controle societário e a venda de bens constituem meios de recuperação previstos nos artigos 50 e 51 da Lei 11.101/2005. Outrossim, manifestou que a aquisição de empresas endividadas é inerente ao próprio mercado, impedindo qualquer presunção de conflito. Com isso, concedeu o direito de voto ao credor, rejeitando as alegações da recuperanda.

Pelo que se tem conhecimento, essa decisão foi a primeira a analisar as questões relativas ao conflito de interesses do credor e à possibilidade de afastamento do direito de voto antes mesmo de o credor exercê-lo. Apesar de não mencionar expressamente o abuso de direito, trata da possibilidade de afastamento do direito de voto de credor e, de forma indireta, analisa a questão do abuso ao examinar o conflito de interesses.

#### **10.2.5 Varig Logística S.A.**

Na recuperação judicial de Varig Logística S.A., o Juízo de Direito da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo excluiu votos de determinados credores concorrentes e concedeu a recuperação judicial. O referido Juízo entendeu que tais

credores tinham interesse na falência da recuperanda e que tal interesse havia prevalecido em relação ao mero recebimento do crédito, caracterizando abuso do direito de voto e abuso do poder econômico.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a aplicabilidade da teoria do abuso de direito à recuperação judicial, mas externou a dificuldade em identificar as hipóteses de exercício abusivo do direito de voto, considerando inexistirem parâmetros definidos na Lei 11.101/2005.<sup>280</sup>

O Tribunal determinou que o simples fato de o credor ser concorrente da empresa em recuperação não é suficiente para caracterizar suposta rejeição abusiva do plano. Caso contrário, todo credor que atuasse no mesmo ramo de atividade da recuperanda estaria supostamente obrigado a sempre aprovar o plano. O Tribunal ressaltou a objetividade dos critérios definidos no parágrafo 1º do artigo 58 da Lei 11.101/2005 e a necessidade de ter em vista essa objetividade mesmo no reconhecimento de eventual exercício abusivo do direito de voto.

Do voto vencido do Desembargador Lino Machado -- mas não vencido na parte comentada a seguir --, consta a afirmação de não se tratar de dar à lei interpretação teleológica, mas sim de negar sua força vinculante, “pois, claramente, não se está diante de abuso de um ou dois credores, em contradição com a grande maioria, levando a devedora ao estado falimentar por mero capricho”.

A decisão no caso Varig Logística S.A. foi a primeira a analisar especificamente se existia ou não abuso de direito por parte do credor e teve grande importância por afastar a alegação de que a rejeição do plano de recuperação pelo credor concorrente do devedor caracterizaria abuso do direito de voto.

#### **10.2.6 Moura Schwark Construções S/A**

---

<sup>280</sup> Agravo de Instrumento 994.09.273364-3, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 1.6.2010.

Em outro interessante julgado sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que o simples fato de um ou mais credores votarem contra o plano “não caracteriza, nem de longe, abuso de voto”.<sup>281</sup>

O Tribunal reiterou a natureza contratual da recuperação judicial e o entendimento de que qualquer credor que, no seu livre arbítrio, entenda que o plano não lhe é conveniente, poderá, pura e simplesmente, rejeitá-lo. Determinou que o credor tem o direito de optar pela falência do devedor por entender, por exemplo, que o plano é economicamente inviável ou que a proposta de pagamento é insatisfatória.

No entanto, manifestou novamente o entendimento de que a invalidação do voto seria possível apenas caso houvesse efetiva demonstração de abuso no exercício do direito de voto pelo credor.

Ao analisar o recurso, o Tribunal fez expressão menção ao artigo 187 do Código Civil, apesar de ter afastado a sua aplicação em vista da não comprovação, no caso concreto, de abuso de direito pelo credor.

### **10.2.7 Cerâmica Gytoku Ltda.**

Em fevereiro de 2012, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu decisão pioneira ao julgar recurso interposto por credor em face da aprovação, pela assembleia-geral de credores, do plano de recuperação de Cerâmica Gytoku Ltda., decretando, *ex officio*, a nulidade da deliberação assemblear.<sup>282</sup>

O Tribunal identificou violação aos princípios constitucionais da isonomia, legalidade, propriedade, proporcionalidade e razoabilidade, ao princípio da *par conditio creditorum*<sup>283</sup> e às normas de ordem pública. As principais inconstitucionalidades e ilegalidades identificadas

---

<sup>281</sup> Embargos de Declaração 0585237-96.2010.8.26.0000/50001, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 12.4.2011.

<sup>282</sup> Agravo de Instrumento 0136362-29.2011.8.26.0000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 28.2.2012.

<sup>283</sup> O Tribunal identificou violação ao princípio da *par conditio creditorum* em razão da existência de cláusula prevendo a anistia do saldo devedor não pago até o 18º ano, o que favorecia os menores credores e punia os maiores credores. O Tribunal entendeu que a referida cláusula constituía expediente ilícito, por meio do qual o devedor poderia controlar o resultado da deliberação e assim manipular de forma fraudulenta o quórum de votação.

no plano de recuperação diziam respeito à previsão de início de pagamento dos credores quirografários após o decurso do prazo bienal do artigo 61, *caput*, da Lei 11.101/2005, o perdão automático da dívida e a liberação das garantias após o prazo de 18 (dezoito) anos, caso ainda remanescesse saldo devedor, a supressão parcial da correção monetária, a supressão dos juros e a falta de certeza e liquidez do valor a ser pago aos credores.

O referido acórdão impôs a necessidade de complementação e aperfeiçoamento da jurisprudência, inclusive do próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que reconhecia a soberania da assembleia-geral de credores. Nesse sentido, determinou que a soberania não é um valor absoluto e apenas as deliberações assembleares construídas de acordo com os princípios e regras constitucionais e legais são soberanas. As deliberações eivadas de “vícios, fraudes, simulações, manipulações, inverdades ou violações aos princípios morais, éticos, constitucionais ou às regras legais, devem ser nulificadas de ofício pelo Poder Judiciário”.

O acórdão marcou o início da alteração da jurisprudência sobre o tema e causou reações contraditórias na comunidade jurídica. Advogados que costumam patrocinar interesses de devedores teceram duras críticas ao novo entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dizendo que ele causaria enorme insegurança jurídica e levaria, na prática, ao enfraquecimento dos poderes da assembleia-geral de credores. Por outro lado, advogados que costumam patrocinar interesses de credores enalteceram o novo entendimento do Tribunal, festejando a coibição dos abusos das empresas em recuperação judicial e os limites ao excessivo sacrifício dos credores.

Entende-se ser louvável o posicionamento mais enérgico do Tribunal de coibir ilegalidades, fraudes e abusos na recuperação judicial e o excessivo sacrifício dos credores. Os vícios identificados no plano de recuperação de Cerâmica Gyotoku Ltda. eram tão graves que, se fossem admitidos pelo Tribunal, poderiam levar à desmoralização do processo de recuperação judicial e ao incentivo à pactuação de obrigações em termos ilegais, fraudulentos e abusivos.

A título exemplificativo, a supressão das garantias inobstante a ausência de concordância do credor viola frontalmente os artigos 50, parágrafo 1º, e 59 da Lei 11.101/2005. Já a falta de certeza e liquidez da dívida impede que o juiz, os credores e o administrador judicial examinem o cumprimento das obrigações e, conseqüentemente, requeiram ou determinem (conforme o caso) a convolação em falência. Impede, também, a execução específica das

obrigações ou o requerimento de falência com base no artigo 62 da Lei 11.101/2005, além de possibilitar a pactuação de obrigações em termos obscuros com determinados credores. Lembre-se que o processo de recuperação judicial exige absoluta transparência e veda o favorecimento de credores.

No entanto, entende-se que algumas das questões apontadas pelo Tribunal como ilegais e eivadas de nulidade (por exemplo, a previsão de perdão da dívida após o decurso de um determinado prazo e a supressão de juros e correção monetária sobre a dívida) estão dentro do âmbito de negociação dos credores e, a princípio, merecem ser respeitadas.

Pelas razões expostas na seção 8.4.1.3, entende-se que a invalidação da previsão de perdão automático da dívida no caso Cerâmica Gytoku Ltda. deveria ter sido fundamentada na existência de abuso de direito (e não de ilegalidade ou nulidade), por colocar os credores em situação de conflito e permitir a manipulação do quórum de votação do plano.

Entende-se, de outra parte, que a supressão da correção monetária e dos juros sobre a dívida é uma questão essencialmente econômica e negocial, a ser definida pelos credores e pelo devedor. Ressalva-se apenas a supressão da correção monetária sobre os créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial, que seria ilegal.<sup>284</sup>

Tem-se conhecimento que o artigo 389 do Código Civil prevê a responsabilidade do devedor por juros e correção monetária (entre outras verbas) no caso de inadimplemento da obrigação e que o artigo 884 do Código Civil veda o enriquecimento sem causa, prevendo a restituição do valor indevidamente recebido com correção monetária. O artigo 1º da Lei 6.899/1981, por sua vez, determina a incidência de correção monetária sobre qualquer débito resultante de decisão judicial.

De fato, a jurisprudência já consolidou o entendimento de que a correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, servindo apenas para recompor o seu poder aquisitivo,

---

<sup>284</sup> Isso porque, nos termos do artigo 54 da Lei 11.101/2005, o plano não poderá prever prazo superior a um ano para pagamento de tais créditos. Conforme demonstrado acima, a correção monetária nada acrescenta ao crédito, apenas servindo para recompor o valor corroído pela inflação. Considerando que os créditos trabalhistas devem ser integralmente pagos no prazo máximo de um ano, o pagamento deverá necessariamente considerar a atualização monetária, sob pena de violar o artigo 54 da Lei 11.101/2005 ao deixar de pagar a integralidade dos créditos trabalhistas. Assim, eventual previsão de supressão da correção monetária sobre os créditos trabalhistas seria ilegal.

corroído pela inflação, e que, mesmo inexistindo previsão expressa no contrato, deverá o débito ser corrigido monetariamente.<sup>285</sup>

No entanto, por mais que a correção monetária não seja um *plus* e apenas sirva para manter o valor contratado, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que o direito de obter a correção monetária tem natureza disponível e nada impede que a parte abra mão desse direito visando à manutenção do vínculo contratual.<sup>286</sup>

Assim, não obstante o credor faça jus à correção monetária do débito, poderá abrir mão desse direito de forma a possibilitar o cumprimento do contrato pelo devedor. A supressão da correção monetária em plano de recuperação tem exatamente esse objetivo: possibilitar o cumprimento do plano pelo devedor e contribuir para a preservação da empresa.

Em relação aos juros, a Lei 11.101/2005 expressamente prevê, no artigo 50, inciso XII, a “equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza” como um dos meios de recuperação, apenas observando que tal equalização será sem prejuízo do disposto em legislação específica.

O referido dispositivo é de pouca utilidade, tendo em vista a imprecisão da palavra “equalização”. Não apenas o legislador utilizou palavra imprecisa em termos jurídicos, como também não definiu os parâmetros para se proceder à referida equalização.<sup>287</sup> Deixou a critério do devedor e dos credores essa definição.

De qualquer forma, parece que a intenção do legislador foi prever a possibilidade de renegociação dos encargos financeiros, incluindo taxas de juros, para patamares compatíveis com a disponibilidade do devedor.

O juro é o preço do crédito e a taxa de juro reflete o custo do dinheiro, o risco de inadimplemento e o lucro da instituição financeira. Em relação aos particulares, a lei se preocupou mais em limitar a taxa de juros, coibindo excessos e garantindo a higidez do sistema financeiro, do que em estabelecer valores mínimos. É muito mais comum encontrar exemplos de instituições financeiras tentando cobrar taxas superiores às legalmente admitidas do que dispostas a abrir mão dos juros.

---

<sup>285</sup> Recurso Especial 1.202.514-RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21.6.2011. No mesmo sentido: Recurso Especial 1.011.609-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 6.8.2009; Agravo Regimental 682.404-RS, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 11.9.2008.

<sup>286</sup> Recurso Especial 1.202.514-RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21.6.2011.

<sup>287</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino, 2007, p. 150.

De forma semelhante à correção monetária, o juro também constitui direito disponível das partes. A menos que exista uma lei específica prevendo a cobrança obrigatória de uma determinada taxa mínima de juros, não se vê problema em o credor abrir mão dos juros ou cobrar uma taxa ínfima do devedor se julgar que isso possibilitará o adimplemento do plano e a preservação da empresa. Pelo contrário, essa medida foi até mesmo prevista pelo legislador como um dos meios de recuperação.

Assim, entende-se que o plano de recuperação pode validamente suprimir a correção monetária<sup>288</sup> e os juros incidentes sobre a dívida se essa supressão for necessária para o sucesso da recuperação judicial. Trata-se de um julgamento comercial dos credores, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, que não viola a lei, mas sim se adequa à finalidade de promover a preservação da empresa.

#### **10.2.8 Decasa Açúcar e Álcool S/A**

Logo após o julgamento do caso Cerâmica Gyotoku Ltda., o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou recurso interposto por credor em face de decisão que havia concedido a recuperação judicial à Decasa Açúcar e Álcool S/A.<sup>289</sup> O Tribunal entendeu que a assembleia-geral de credores somente é soberana quanto às deliberações que obedecem aos princípios gerais de direito, as normas constitucionais, as regras de ordem pública e a Lei 11.101/2005. Reconheceu que a valoração da viabilidade econômico-financeira do plano de recuperação compete exclusivamente à assembleia-geral de credores. No entanto, determinou que “o reconhecimento de tal situação é condicionado à inexistência de vulneração à Constituição Federal, aos princípios gerais do direito e às normas de ordem pública”.

Naquele caso específico, o Tribunal entendeu que o plano de recuperação violava tais princípios e normas, inclusive ensejando a manipulação do resultado das deliberações assembleares ao criar um cronograma de pagamento com prazo mais curto para os menores

---

<sup>288</sup> Exceto em relação aos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial, como dito anteriormente.

<sup>289</sup> Agravo de Instrumento 0168318-63.2011.8.26.0000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 17.4.2012. No mesmo sentido, Agravo de Instrumento 0170427-50.2011.8.26.0000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 17.4.2012.

credores e mais extenso para os maiores credores.<sup>290</sup> Entendeu que o plano era nulo por conter autorização genérica e automática para alienação de ativos integrantes do ativo permanente do devedor, proibir o ajuizamento de ações contra sócios, cônjuges, avalistas e garantidores em geral por débitos da recuperanda, proibir o protesto cambial e a comunicação do inadimplemento aos cadastros de proteção ao crédito, sujeitar os credores legalmente não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial (por exemplo, credores garantidos por alienação fiduciária), ainda por cima equiparando-os aos credores quirografários, violar o princípio da isonomia dos credores, prever o início dos pagamentos aos credores após o prazo bienal do artigo 61, *caput*, da Lei 11.101/2005, e afastar correção monetária e juros.

Nas palavras do Desembargador Pereira Calças, o plano de recuperação de Decasa Açúcar e Álcool S/A violava “a Lei nº 11.101/2005, norma de ordem pública, escancaradamente, atropelando-se o Parlamento e o Poder Judiciário, ou seja, o plano apresentado coloca-se acima da Lei, sendo, portanto, nulo”.

O Tribunal decretou a nulidade da deliberação assemblear e determinou a apresentação de novo plano de recuperação, a ser confeccionado de acordo com a Constituição Federal e a Lei 11.101/2005, sob pena de decretação de falência.

De forma geral, concorda-se com a solução adotada pelo Tribunal e ressalta-se a sua importância para impedir a implementação de planos de recuperação violadores do ordenamento jurídico.

Vale mencionar que a autorização genérica e automática para alienação de ativos integrantes do ativo permanente do devedor viola frontalmente o artigo 66 da Lei 11.101/2005 e a proibição de ajuizamento de ações contra sócios, cônjuges, avalistas e garantidores por débitos da recuperanda viola os artigos 6º e 49, parágrafo 1º, da Lei 11.101/2005.

---

<sup>290</sup> Nesse sentido, o Tribunal verificou que a proposta de pagamento acordada no plano de recuperação proporcionava um pagamento de forma escalonada, de modo que os menores credores receberiam antes dos maiores credores, ainda que eles pertencessem à mesma classe. O Tribunal entendeu que essa forma de pagamento criava um conflito de interesses entre os credores (“menores contra maiores”), manipulando o quórum de aprovação do plano. De acordo com o Tribunal, “a quebra da isonomia não pode ter por escopo agradar os menores credores para que estes, assim motivados e atraídos pela benesse concedida, aprovelem o plano que desfavorece os titulares de maiores créditos”. Naquele caso específico, verificou-se que os menores credores atingiam 50,92% do total de fornecedores e a recuperanda poderia, em tese, até mesmo propor não pagar nada aos maiores fornecedores e ainda assim ter o plano aprovado. Segundo o Tribunal, o plano importaria aos maiores credores sacrifícios superiores aos que eles suportariam no caso de falência. Por essa e outras razões, decretou a nulidade da deliberação assemblear.

A proibição de protesto cambial também viola a lei. O protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.<sup>291</sup> Os credores têm o legítimo direito de efetuar o protesto de instrumentos de dívida. Mais do que isso, o protesto é necessário para embasar o pedido de falência e, em determinados casos, resguardar direito de regresso contra garantidores.<sup>292</sup>

No entanto, diverge-se em relação a um ponto específico do acórdão. O fato de o plano de recuperação prever o tratamento diferenciado aos credores de uma mesma classe, estipular o início dos pagamentos após o prazo bienal de supervisão judicial, proibir a comunicação do inadimplemento aos órgãos de proteção ao crédito e afastar a incidência de correção monetária e juros sobre a dívida não acarreta a sua nulidade. Pelos motivos expostos nas seções 8.4.1.2, 8.4.1.3 e 10.2.7, essas questões podem ser negociadas pelas partes no plano de recuperação. Entende-se que a sua invalidação poderia ter sido fundamentada pelo Tribunal na teoria do abuso de direito, e não na das nulidades.

Já a questão da sujeição de credores legalmente não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial merece uma análise separada. A Lei 11.101/2005 estabelece, no artigo 49, quais credores estão sujeitos à recuperação judicial, expressamente excepcionando, nos parágrafos 3º e 4º, alguns créditos que, pela sua natureza, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial.

De fato, não está na alçada do devedor estipular quais créditos se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, tratando-se de matéria já definida pelo legislador. Cabe indagar, porém, se essa estipulação seria válida se contasse com a anuência do respectivo credor excepcionado pela lei. Por exemplo, poderia um credor titular da posição de proprietário fiduciário abrir mão dessa posição e optar por se submeter à recuperação judicial?

Ao estipular que os créditos detidos por credores com propriedade fiduciária não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, o artigo 49, parágrafo 3º, da Lei 11.101/2005 buscou proteger o direito de propriedade desses credores. Parece apropriada uma interpretação teleológica e construtiva de tal artigo, propiciando aos credores a possibilidade

---

<sup>291</sup> Nos termos do artigo 1º da Lei 9.492/1997.

<sup>292</sup> Nesse sentido, nos termos do artigo 94, inciso I, da Lei 11.101/2005, o protesto é um dos requisitos para requerimento de falência do devedor que não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título executivo. Já pela Lei das Duplicatas, o portador que não efetuar o protesto da duplicata no prazo de 30 (trinta) dias contado da data do vencimento perderá o direito de regresso contra os endossantes e avalistas. Existe previsão semelhante em relação às letras de câmbio na Lei Uniforme de Genebra, promulgada pelo Decreto 57.663/1966.

de exercer ou não o direito derivado da propriedade fiduciária e dos demais instrumentos lá previstos.

Uma interpretação literal da lei no sentido de que esses créditos jamais poderiam se sujeitar à recuperação judicial traria prejuízo aos credores, que seriam obrigados a executar o bem em qualquer hipótese, e também ao próprio devedor, que seria privado de um bem relevante à atividade empresarial.<sup>293</sup>

Entende-se que poderia ser admitida a renúncia por parte dos credores à prerrogativa de não se submeterem à recuperação judicial, com a consequente opção pelo recebimento dos créditos na forma prevista no plano de recuperação. Isso iria de encontro à finalidade econômica e social da Lei 11.101/2005 e aumentaria as chances de recuperação do devedor.

Lembre-se que, apesar de o artigo 49, parágrafo 3º, da Lei 11.101/2005, dispor que determinados créditos não estão sujeitos à recuperação judicial, não há qualquer proibição no referido dispositivo legal de sua inclusão no plano de recuperação.

Ao analisar o referido artigo, Manoel Justino Bezerra Filho leciona que:

[...] a Lei, ao dizer que tais créditos não se submetem à recuperação judicial, mesmo assim não proibiu a inclusão deles no plano. Se houver - embora extremamente improvável - anuência do credor, estes valores podem ser incluídos na decisão que concede a recuperação na forma do art. 58, se houver concordância do credor.<sup>294</sup>

Assim, caso o credor concordasse com a sujeição aos efeitos da recuperação judicial, o seu crédito poderia ser disciplinado no plano de recuperação.<sup>295</sup> Nesse caso, porém, o credor deveria ser classificado como quirografário, não sendo admitida a sua classificação como credor com garantia real. Isso porque o credor teria voluntariamente renunciado à proteção

---

<sup>293</sup> Em contratos de garantia, fica a critério do credor a execução pura e simples, visando ao pagamento da dívida, ou a excussão da garantia. A excussão da garantia é um direito, uma prerrogativa do credor, e não uma obrigação. Direitos são, por natureza, passíveis de renúncia, a menos que sejam irrenunciáveis, como o direito à vida, à liberdade, à personalidade.

<sup>294</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino, 2007, p. 143.

<sup>295</sup> Há um julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que analisou essa questão (Agravo de Instrumento 428.701-4/5-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 6.12.2006). O credor titular da posição de proprietário fiduciário renunciou à prerrogativa do artigo 49, parágrafo 3º, da Lei 11.101/2005 e requereu a sua sujeição à recuperação judicial na qualidade de credor com garantia real. Com base nos artigos 49, parágrafo 3º, e 39, parágrafo 1º, da Lei 11.101/2005, o Tribunal entendeu que o credor fiduciário não se submete aos efeitos da recuperação judicial e não tem direito de voto em assembleia-geral de credores. Apesar de o credor ter oposto embargos de declaração visando ao pronunciamento do Tribunal acerca da possibilidade de renúncia da prerrogativa do artigo 49, parágrafo 3º, o Tribunal rejeitou os embargos por entender que essa questão não havia sido levantada no agravo de instrumento.

concedida pelo artigo 49, parágrafo 3º, da Lei 11.101/2005 e a garantia real não se presume, mas sim depende de diversas formalidades para ser constituída (incluindo contrato detalhado, registro e, em alguns casos, transferência da posse do bem dado em garantia).<sup>296</sup>

Dáí decorre a conclusão de que, mediante a anuência do respectivo credor, poderia ser admitida a sua inclusão no plano de recuperação como credor quirografário, por mais que ele não estivesse legalmente sujeito aos efeitos da recuperação judicial. No entanto, a sua inclusão à revelia seria manifestamente ilegal.

### 10.2.9 Companhia Brasileira de Açúcar e Álcool

Em maio de 2012, o Superior Tribunal de Justiça julgou recurso interposto por Companhia Brasileira de Açúcar e Álcool e outros contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que havia declarado a ineficácia em relação ao agravante de uma cláusula puramente potestativa incluída em plano de recuperação.<sup>297</sup>

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de o Judiciário promover o controle da licitude das deliberações da assembleia-geral de credores. Em acórdão da lavra da Ministra Nancy Andrichi, determinou que as deliberações da assembleia-geral de credores constituem atos de manifestação de vontade e não compete ao Judiciário interferir na vontade soberana dos credores, alterando o conteúdo do plano de recuperação, salvo no caso de *cram down*.

Segundo o referido acórdão, porém, esse fato não impede o Judiciário de controlar a licitude das deliberações assembleares, considerando que qualquer negócio jurídico representa uma manifestação soberana de vontade que somente é válida se cumpridos os requisitos previstos no artigo 104 do Código Civil. Nos termos do acórdão, na ausência desses elementos, o negócio jurídico é inválido.

Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de o Judiciário decretar a nulidade de cláusula incluída no plano de recuperação, a qual, naquele caso específico, havia sido considerada puramente potestativa pelo Tribunal de Justiça do Estado

---

<sup>296</sup> Artigos 1.424, 1.431, 1.432 e outros do Código Civil.

<sup>297</sup> Recurso Especial 1.314.209-SP, 3ª Turma, Rel. Des. Nancy Andrichi, DJe em 1.6.2012.

de São Paulo. O acórdão do Superior Tribunal de Justiça deixa claro que a vontade dos credores deve ser respeitada nos limites da lei e a soberania da assembleia-geral não pode se sobrepor aos requisitos de validade dos atos jurídicos.

#### **10.2.10 Alta Paulista Indústria e Comércio Ltda.**

Em julho de 2012, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou recurso interposto por credor em face de decisão que havia concedido a recuperação judicial de Alta Paulista Indústria e Comércio Ltda. e outras.<sup>298</sup> O Tribunal novamente entendeu que a assembleia-geral de credores somente é soberana quanto às deliberações que obedeçam aos princípios gerais de direito, as normas constitucionais, as regras de ordem pública e a Lei 11.101/2005.

O Tribunal entendeu que o plano de recuperação violava tais princípios e normas, sendo nulo por conter autorização genérica para alienação de ativos integrantes do ativo permanente do devedor, excluir a sucessão do adquirente por dívidas das recuperandas mesmo havendo alienação privada de bens, suprimir as garantias inobstante a ausência de concordância do credor, afastar correção monetária de créditos trabalhistas, ser obscuro, incerto, ilíquido e inexigível, não justificar o tratamento desigual aos credores da mesma classe, afastar a atuação jurisdicional para convolar a recuperação em falência e subverter o quórum legal para deliberação sobre o plano.

O Tribunal decretou a nulidade da deliberação assemblear e determinou a apresentação de novo plano de recuperação, a ser elaborado de acordo com a Constituição Federal, os princípios gerais de direito e a Lei 11.101/2005, sob pena de decretação de falência.

Concorda-se em relação a praticamente toda a solução adotada pelo Tribunal. Pelos motivos já expostos, a autorização genérica para alienação de ativos integrantes do ativo permanente do devedor, a supressão das garantias inobstante a ausência de concordância do credor, a supressão da correção monetária de créditos trabalhistas e a falta de certeza, liquidez e exigibilidade da dívida violam frontalmente a Lei 11.101/2005.

---

<sup>298</sup> Agravo de Instrumento 0264287-08.2011.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 31.7.2012.

O mesmo se diz em relação à exclusão da sucessão do adquirente por dívidas das recuperandas em alienação privada de bens (que viola os artigos 60 e 142 da Lei 11.101/2005)<sup>299</sup> e à subversão do quórum legal para deliberação sobre o plano (que viola o artigo 45 da Lei 11.101/2005).

Discorda-se apenas da conclusão quanto à nulidade do tratamento diferenciado aos credores de uma mesma classe. Conforme demonstrado na seção 8.4.1.3, o tratamento diferenciado pode ser admitido em alguns casos. Entende-se que a sua invalidação na recuperação judicial de Alta Paulista Indústria e Comércio Ltda. deveria ter sido fundamentada na teoria do abuso de direito, e não na das nulidades.

#### **10.2.11 Frevo Brasil Indústria de Bebidas Ltda.**

Também é oportuno trazer o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco na recuperação judicial de Frevo Brasil Indústria de Bebidas Ltda.<sup>300</sup> O Tribunal determinou que o plano de recuperação era inconstitucional, ilegal e abusivo, uma vez que o deságio, o prazo de pagamento e a não incidência de correção monetária e juros representavam verdadeiro perdão da dívida, violando o direito de propriedade dos credores e caracterizando enriquecimento ilícito. Também determinou a inconstitucionalidade do tratamento desigual aos credores da mesma classe e a ilegalidade da previsão de início dos pagamentos após o prazo bienal do artigo 61, *caput*, da Lei 11.101/2005.

Seguindo a orientação da jurisprudência paulista, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco enfatizou a necessidade de revisão do posicionamento no sentido da soberania absoluta da assembleia-geral de credores, ressaltando o papel do Judiciário de guardião dos princípios consagrados na Constituição Federal e a importância de uma atuação diligente para evitar a implementação de planos de recuperação que violem o ordenamento jurídico.

A maioria das irregularidades identificadas no plano de recuperação de Frevo Brasil Indústria de Bebidas Ltda. já foi analisada nas seções anteriores. As únicas ainda não

---

<sup>299</sup> O afastamento da sucessão em alienação privada de bens somente seria válido se a alienação privada fosse devidamente justificada e contasse com autorização judicial, nos termos do artigo 144 da Lei 11.101/2005, ou fosse aprovada por voto favorável de credores que representassem 2/3 dos créditos presentes à assembleia-geral de credores e homologada pelo juiz, nos termos dos artigos 46 e 145 da Lei 11.101/2005.

<sup>300</sup> Agravo de Instrumento 0006505-42.2012.8.17.0000, 3ª Câmara Cível, julgado em 19.7.2012.

comentadas são o montante do deságio concedido pelos credores e o prazo de pagamento da dívida.

Nesses dois aspectos, discorda-se da conclusão adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Entende-se que tais questões são essencialmente econômicas e negociais, e devem ser analisadas pelos credores de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade. O julgamento comercial de cada credor em relação ao percentual de deságio e à extensão do prazo de pagamento não viola a lei<sup>301</sup>, mas sim se apresenta como um meio de viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor e de atender aos interesses dos credores, observando a finalidade econômica e social da recuperação judicial.

Ainda que o percentual de deságio seja alto e o prazo de pagamento extenso, eles devem ser respeitados se forem aprovados pela maioria dos credores de acordo com as formalidades estabelecidas na Lei 11.101/2005. A sua invalidação depende da comprovação de que o devedor e os credores a incluíram de forma abusiva. Isso poderia ocorrer, por exemplo, nos casos em que tais previsões tivessem o propósito de manipular o quórum de votação do plano e favorecessem um grupo de credores em detrimento de outro, como visto na recuperação judicial de Cerâmica Gyotoku Ltda.

### **10.2.12 Audifar Comercial Ltda.**

Vale também citar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao julgar recurso interposto por credor visando à convalidação da recuperação judicial de Audifar Comercial Ltda. em falência.<sup>302</sup>

O Tribunal reiterou que a soberania da assembleia-geral de credores não é absoluta e que compete ao Judiciário examinar eventual violação legal. Verificou que, passados cinco anos da concessão da recuperação judicial, nenhum dos pagamentos previstos no plano havia sido feito, o que caracterizava o inadimplemento das obrigações lá pactuadas. Entendeu que as sucessivas alterações ao plano, prorrogações do prazo para início dos pagamentos e

---

<sup>301</sup> Exceto em relação aos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial, considerando que o artigo 54 da Lei 11.101/2005 prevê que o plano não poderá prever prazo superior a um ano para pagamento de tais créditos.

<sup>302</sup> Agravo de Instrumento 0114685-06.2012.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 31.7.2012.

inatividade da devedora tornavam evidente o seu estado de insolvência e a impossibilidade de superação da crise econômico-financeira, sendo que a aprovação de um novo aditamento ao plano significaria uma eternização da recuperação judicial. Como resultado, o Tribunal decretou a quebra da devedora.

Esta decisão é mais um exemplo do atual posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de examinar os planos de recuperação judicial de forma rigorosa, coibindo ilegalidades. A particularidade deste caso é que o Tribunal afastou a deliberação da assembleia-geral de credores em relação à concessão de uma nova oportunidade para a recuperação da devedora e concluiu que o estado de insolvência da devedora era evidente.

A decisão do Tribunal de decretar a quebra de Audifar Comercial Ltda. está bem fundamentada no parágrafo 1º do artigo 61 da Lei 11.101/2005<sup>303</sup>, considerando o mencionado descumprimento do plano de recuperação.

Porém, ainda que a decretação da quebra tenha sido fundamentada no inadimplemento de obrigação prevista no plano, verifica-se que o Tribunal emitiu um juízo próprio em relação à viabilidade econômica da empresa. Especificamente nesse aspecto, a decisão dá margem para a argumentação de que a análise da viabilidade econômica do plano caberia ao juiz e não aos credores, o que desrespeitaria a Lei 11.101/2005.

No entanto, viu-se na seção 3.2 que, em casos extremos, em que o plano seja manifesta e comprovadamente inviável e a impossibilidade de recuperação seja patente, o juiz poderá deixar de conceder a recuperação judicial para evitar uma violação ao artigo 47 da Lei 11.101/2005.

Pelo que foi narrado acima, era essa a situação de Audifar Comercial Ltda., cuja inviabilidade econômica era patente e podia ser determinada pelo juiz com base nos elementos constantes dos autos. Assim, a decretação da falência foi justificada, tendo o propósito de evitar uma desmoralização do instituto da recuperação judicial e uma violação ao artigo 47 da Lei 11.101/2005.

### **10.2.13 Independência S.A.**

---

<sup>303</sup> Que dispõe que o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano que se vencer no biênio da recuperação judicial acarreta a convalidação da recuperação em falência.

Em outubro de 2012, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento a recurso interposto por credor em face da decisão que havia homologado o aditamento ao plano de recuperação de Independência S.A. e outra.<sup>304</sup>

O Tribunal decretou a nulidade da deliberação da assembleia-geral de credores que havia aprovado o aditamento ao plano e determinou a apresentação de nova versão do aditamento no prazo de 30 dias. Segundo o Tribunal, o aditamento era ilegal por suprimir a correção monetária sobre os créditos, prever a incidência de juros de 1% ao ano apenas após o prazo de 20 anos contados da data de realização da assembleia-geral de credores, prorrogar a data de vencimento dos créditos indefinidamente, tornando o plano ilíquido e incerto, e incluir créditos provenientes de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, os quais não estão legalmente sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.

Como já exposto, concorda-se que a pactuação de dívida ilíquida e incerta viola a Lei 11.101/2005. Diferentemente, entende-se que a supressão de correção monetária e juros sobre a dívida é válida, tendo a finalidade de permitir o adimplemento do plano pelo devedor.

Em relação à inclusão de créditos legalmente não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, viu-se na seção 10.2.8 que, mediante a anuência do respectivo credor, poderia ser admitida a sua inclusão no plano de recuperação. No entanto, a sua inclusão à revelia seria ilegal. Nos termos do plano de recuperação de Independência S.A. e outra, a submissão dos credores titulares de adiantamento a contrato de câmbio para exportação dependia do seu consentimento expresso<sup>305</sup>, não parecendo justificar o reconhecimento da ilegalidade.

Em atendimento à determinação do Tribunal, foi apresentado novo aditamento ao plano de recuperação de Independência S.A. e outra, o qual foi mais uma vez aprovado em assembleia-geral de credores e homologado judicialmente. No entanto, alguns credores interpuseram novos recursos contra a decisão homologatória do aditamento.<sup>306</sup>

---

<sup>304</sup> Agravo de Instrumento 0124832-91.2012.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Enio Zuliani, julgado em 30.10.2012.

<sup>305</sup> Conforme cláusula 5.1 do plano de recuperação.

<sup>306</sup> Agravos de Instrumento 0269765-60.2012.8.26.0000, 0268736-72.2012.8.26.0000 e 0271407-68.2012.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Enio Zuliani, decisões proferidas em 18.12.2012.

Em dezembro de 2012, o Desembargador Enio Zuliani achou prudente conceder efeito suspensivo aos referidos recursos sob o fundamento de que o novo aditamento previa o pagamento de apenas 3% dos créditos detidos pelos credores quirografários e novamente incluía os credores detentores de adiantamento a contratos de câmbio para exportação, consignando também que a decisão recorrida carecia de fundamentação específica.

Entende-se, porém, que o fato de o plano prever o pagamento de apenas 3% dos créditos detidos pelos credores quirografários não o torna ilegal. Reitera-se que o percentual de deságio concedido pelos credores é uma questão essencialmente econômica e negocial, analisada pelos credores de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade. Se os credores julgarem que a concessão de 97% de deságio lhes é conveniente, não cabe ao juiz determinar que tal percentual é ilegal.

O percentual de deságio concedido pelos credores é fruto de ampla negociação e leva em consideração diversos fatores, como o prazo e a capacidade de pagamento do devedor e do investidor. Se a maioria dos credores optar pela concessão de deságio de 97%, assim o fará por considerar que esse é o desconto necessário para viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor. Por mais que um deságio de 97% pareça excessivo, os credores podem preferir receber apenas 3% dos créditos quirografários do que eventualmente não receber nada em uma eventual falência, e não se visualiza qualquer ilegalidade nisso.

De todo modo, lembre-se que a decisão do Desembargador Relator do caso foi apenas preliminar, fruto de um juízo antecipado quando da concessão de efeito suspensivo aos recursos. Deve-se aguardar o julgamento do mérito dos recursos pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial para que se possa examinar o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre o tema.<sup>307</sup>

---

<sup>307</sup> Até a data de depósito desta dissertação, o mérito dos referidos recursos ainda não havia sido julgado pelo Tribunal.

## 11 COMENTÁRIOS SOBRE O ABUSO DE DIREITO NOS PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA REGIDOS PELO DIREITO ESTRANGEIRO

### 11.1 Esclarecimentos iniciais

Serão analisados a seguir os processos de insolvência regidos pelo direito italiano, alemão, português, francês, inglês e norte-americano, bem como o modo como as referidas legislações tratam a questão do abuso de direito no âmbito dos processos de insolvência.

Este trabalho não tem o objetivo de esmiuçar a legislação das referidas jurisdições e efetuar uma verdadeira análise de direito comparado. Diferentemente, procura apresentar resumidamente a regulamentação dos processos de insolvência em cada jurisdição e analisar algumas situações de abuso de direito verificadas, somando-as ao estudo do tema sob a ótica do direito brasileiro.

Vale esclarecer que as legislações alemã, portuguesa e francesa foram escolhidas por terem sido determinantes ao desenvolvimento da teoria do abuso de direito, como visto no capítulo 4. Já a legislação italiana foi escolhida pela forte influência que exerce sobre a brasileira, especialmente em matéria falimentar e civil. A legislação inglesa, por sua vez, foi escolhida em razão de experiência profissional da autora naquela jurisdição e a legislação norte-americana foi escolhida por ter diretamente inspirado a Lei 11.101/2005, especialmente no que se refere à recuperação judicial.

### 11.2 Direito italiano

Existem cinco tipos de processos de insolvência na Itália: (i) falência; (ii) concordata preventiva; (iii) acordo para reestruturação de créditos; (iv) plano de resgate certificado (*piani di risanamento attestati*); e (v) administração extraordinária.<sup>308</sup>

---

<sup>308</sup> CHERUBINI, Giorgio. *Restructuring and Insolvency: Italy*. Disponível em: <<http://www.practicallaw.com/8-501-9255?source=relatedcontent>>. Acesso em: 11 ago. 2012.

A falência será decretada se o devedor for incapaz de adimplir suas dívidas quando vencidas. Na falência, a empresa é liquidada e os ativos são realizados para distribuição aos credores, de acordo com a classificação dos créditos. Se estiverem presentes os requisitos para a falência, os administradores da empresa deverão pleiteá-la, sob pena de serem responsabilizados criminalmente.

Na concordata preventiva, a empresa em dificuldade financeira (mas não insolvente) renegocia suas dívidas com os credores, propondo um plano de recuperação que deverá ser homologado judicialmente. Existe bastante flexibilidade no processo, permitindo que devedor e credores cheguem ao acordo que entenderem mais conveniente. O pedido de concordata preventiva pode ser formulado apenas pelo devedor. A votação do plano de recuperação envolve somente os credores quirografários.

O acordo para reestruturação de créditos também tem como objetivo a renegociação das dívidas e a superação da crise enfrentada pelo devedor.<sup>309</sup> Porém, o processo é realizado extrajudicialmente entre o devedor e os credores, podendo o plano de recuperação ser posteriormente homologado judicialmente.

Já no plano de resgate certificado, a empresa elabora um plano visando ao repagamento das dívidas e à reestruturação financeira.<sup>310</sup> São celebrados acordos extrajudiciais com os credores, os quais são revisados por especialistas técnicos que certificam a razoabilidade do plano e a capacidade de o devedor cumprir com os seus termos.

Por fim, a administração extraordinária se aplica para grandes empresas em estado de insolvência. O processo tem como objetivo a reestruturação dessas empresas e é administrado pelo Ministério do Desenvolvimento Econômico, sob o controle do Judiciário. São nomeados comissários extraordinários para administrar a empresa. Existem dois tipos de administração extraordinária: as iniciadas apenas pelo devedor (Lei Marzano<sup>311</sup>) e as iniciadas pelo devedor, credores, Ministério Público ou juiz (Lei Prodi-bis<sup>312</sup>).

Para que a administração extraordinária seja instaurada, é necessário que o devedor esteja insolvente, isto é, incapaz de pagar suas dívidas no vencimento. O plano de liquidação ou recuperação (dependendo da situação do devedor) é aprovado pelo Ministério do

---

<sup>309</sup> Artigo 182-bis da Lei de Falências Italiana.

<sup>310</sup> Artigo 67, 3 d, da Lei de Falências Italiana.

<sup>311</sup> Decreto-lei 347/2003.

<sup>312</sup> Decreto-lei 270/99.

Desenvolvimento Econômico, sem a participação dos credores. Os credores participam apenas da administração sob a Lei Marzano.<sup>313</sup> Se a administração extraordinária não for bem sucedida, o devedor poderá ter sua falência decretada.

A aplicação da teoria do abuso de direito aos processos de insolvência regidos pela lei italiana geralmente ocorre no caso de concessão abusiva de crédito ou interrupção brusca do seu fornecimento.

A concessão abusiva de crédito ocorre quando uma instituição financeira age de modo imprudente, conhecendo ou devendo conhecer as dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa financiada e criando a falsa aparência de solvência financeira.<sup>314</sup> Os demais credores e terceiros que vierem a contratar com a empresa financiada poderão ser induzidos a erro pelo financiamento concedido e sofrer prejuízos. Nessa situação, a instituição financeira poderá ser responsabilizada pelos prejuízos sofridos por terceiros, responsabilidade esta de natureza aquiliana.<sup>315</sup>

A conduta da instituição financeira será qualificada como abusiva quando violar os princípios e regras que disciplinam a concessão de crédito, não sendo digna de tutela. A simples concessão de empréstimo a empresa em crise ou insolvente não é suficiente para caracterizar o abuso. A concessão abusiva de crédito depende da violação às regras para concessão prudente de crédito e das condições objetivas da empresa financiada. Se a instituição financeira implementar um programa razoável e factível de financiamento, levando em conta o plano para reestruturação da empresa, inexistirá abuso.

Prevalecia o entendimento de que o fato de a concessão do financiamento ocorrer no âmbito de um processo de insolvência não era suficiente, *per se*, para excluir a responsabilidade do financiador.<sup>316</sup>

---

<sup>313</sup> Ainda assim, caso o(s) comissário(s) apresente(m) uma proposta de quitação das dívidas.

<sup>314</sup> NIGRO, Alessandro. La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in crisi. *Giurisprudenza commerciale*, Milano, v. 38, n. 3, 2011, p. 305-318.

<sup>315</sup> MARZIO, Fabrizio Di. Sulla fattispecie "concessione abusive di credito". *Banca, borsa, titoli di credito*, Milano, v. 62, n. 3, magg./giugno 2009, p. 382-389.

<sup>316</sup> VITIELLO, Mauro, *Responsabilità delle banche per concessione abusive di credito e risanamento*. Disponível em: <[http://www.ilfallimentarista.it/sites/default/files/uploads/pdf/Vitiello\\_RESPONSABILIT%C3%80%20DELL'E%20BANCHE%20PER%20CONCESSIONE%20ABUSIVA%20DI%20CREDITO%20E%20RISANAMENTO.pdf](http://www.ilfallimentarista.it/sites/default/files/uploads/pdf/Vitiello_RESPONSABILIT%C3%80%20DELL'E%20BANCHE%20PER%20CONCESSIONE%20ABUSIVA%20DI%20CREDITO%20E%20RISANAMENTO.pdf)>. Acesso em: 7 ago. 2012.

No entanto, o entendimento atualmente prevalecente é de que a instituição financeira que houver concedido empréstimo no contexto de solucionar a crise da empresa, de acordo com as formalidades legais, não deve ser responsabilizada por concessão abusiva de crédito.

Nesse sentido, não há mais que se falar em responsabilidade por concessão abusiva de crédito nos casos em que o financiamento ocorre como parte de um plano de reestruturação de dívidas homologado judicialmente. Isso porque a concessão do empréstimo ocorrerá no momento negocial que acompanha o plano de reestruturação da empresa, sendo digna de tutela e atingindo a função econômica de solucionar a crise da empresa. A responsabilidade existirá apenas se o financiador tiver ciência de que o plano de reestruturação foi elaborado de forma fraudulenta.

De outra parte, em relação à interrupção no fornecimento de crédito, há jurisprudência e doutrina considerando ilegítima a sua interrupção repentina pela instituição financeira, considerando se tratar de violação à cláusula geral de boa-fé e exercício abusivo de um direito.<sup>317</sup> Reconhece-se que a instituição financeira teria o direito de deixar de fornecer crédito, considerando a inexistência de uma obrigação geral de conceder crédito a terceiros. No entanto, tal direito existiria antes da instauração do vínculo creditício. Após o vínculo ter sido estabelecido, a instituição financeira teria a obrigação de cumprir com o dever de agir corretamente, de boa-fé e com lealdade na execução do contrato, cumprindo com a obrigação de proteção da contraparte contratual.

Verifica-se, assim, que as hipóteses de abuso no âmbito de processos de insolvência regidos pela legislação italiana estão essencialmente relacionadas à concessão abusiva ou interrupção abrupta do crédito, havendo maior incidência da teoria do abuso em relação a atos praticados pelo credor. Verifica-se, também, a evolução da doutrina e legislação italianas no sentido de proteger o credor que concedeu crédito no âmbito de um processo de insolvência, visando ao incentivo do crédito nessas situações e ao consequente aumento das chances de recuperação da empresa em crise.

### 11.3 Direito alemão

---

<sup>317</sup> MARSEGLIA, Cinzia. Rottura brutale del credito e responsabilità della banca. *Banca, borsa e titoli di credito*, Milano, v. 61, n. 1, genn./febb. 2008, p. 86-96.

Os três principais processos de insolvência na Alemanha são: (i) falência; (ii) plano de insolvência (*Insolvenzplanverfahren*); e (iii) processo preventivo (*Eigenverwaltung - Sanierung*).<sup>318</sup> Há também a possibilidade de reestruturação fora do cenário de insolvência.<sup>319</sup>

A falência tem o objetivo de liquidar os ativos do devedor para pagamento dos credores.<sup>320</sup> O processo pode ser iniciado tanto pelo devedor quanto pelo credor. Para iniciar o processo, o credor deve comprovar a existência do crédito e demonstrar que possui um legítimo interesse na decretação da falência.<sup>321</sup> Existem processos de falência preliminares e definitivos.

Se estiverem presentes os requisitos para a decretação da falência, os administradores da empresa deverão requerê-la, sob pena de serem responsabilizados criminalmente.<sup>322</sup>

Para que o processo de falência seja iniciado, é necessário que o devedor (i) seja incapaz de adimplir as dívidas quando vencidas<sup>323</sup>; (ii) esteja prestes a inadimplir as dívidas<sup>324</sup>; ou (iii) esteja “super endividado”<sup>325</sup>, o que ocorre quando os ativos do devedor não forem suficientes para pagar as dívidas.

Na falência, será realizada uma assembleia de credores para deliberar sobre a liquidação ou continuação temporária das atividades da empresa.<sup>326</sup> Em todo caso, o processo de falência implicará, ao final, a dissolução da empresa.

No plano de insolvência, existem formas diferentes de utilizar os ativos do devedor e distribuí-los aos credores, com o objetivo de encontrar a melhor solução para todos os envolvidos.<sup>327</sup> O processo está sujeito à maioria das regras formais da falência, mas visa à

---

<sup>318</sup> STREIT, Georg; BÜRK, Fabian. *Restructuring and Insolvency: Germany*. Disponível em: <<http://www.practicallaw.com/2-501-6976?source=relatedcontent#a372394>>. Acesso em: 11 ago. 2012. Em interessante artigo sobre a reforma do Código de Insolvência, Bernd Meyer-Löwy et al também explicam os diferentes procedimentos existentes (Landmark German Bankruptcy Reform Law Creates Opportunities for Stakeholders. *The Banking Law Journal*, [S.l.], n. 6, v. 129, jun. 2012, p. 548 e seguintes).

<sup>319</sup> Tal reestruturação aplica-se à empresa em crise, mas não insolvente, possibilitando a renegociação das dívidas de diversas maneiras, visando à superação da situação de crise enfrentada pelo devedor.

<sup>320</sup> Artigo 1º do Código de Insolvência.

<sup>321</sup> Artigos 13 e 14 do Código de Insolvência.

<sup>322</sup> Artigo 15a do Código de Insolvência.

<sup>323</sup> Artigo 17 do Código de Insolvência.

<sup>324</sup> Artigo 18 do Código de Insolvência. Nesse caso, o devedor pode requerer a insolvência, mas inexistirá responsabilidade caso ele não o faça.

<sup>325</sup> Artigo 19 do Código de Insolvência.

<sup>326</sup> Artigo 157 do Código de Insolvência.

<sup>327</sup> Artigo 217 do Código de Insolvência.

preservação da empresa por meio da implementação de um plano proposto pelo devedor ou pelo administrador judicial. O plano pode envolver, por exemplo, a transferência das ações do devedor para terceiros ou a permuta de créditos por ações.

Já o processo preventivo foi instituído pela reforma do Código de Insolvência ocorrida em 2012.<sup>328</sup> O objetivo é oferecer ao devedor a oportunidade de desenvolver um plano (que será proposto em um processo futuro) contando com a proteção legal contra ações e execuções movidas por credores. Ao protocolar o pedido, o devedor deverá submeter um laudo elaborado por profissional experiente que ateste suas condições de cumprir com os pagamentos propostos ou que o inadimplemento das dívidas é iminente, mas pode ser evitado. O processo não se aplica aos casos em que o devedor já tiver inadimplido as dívidas vencidas ou já estiver impossibilitado de pagá-las.

Foram identificados pelo menos cinco julgados dos tribunais alemães que aplicaram a teoria do abuso de direito no âmbito de processos de insolvência.

No primeiro caso, entendeu-se que o credor havia abusado do seu direito de deduzir pedido de falência contra o devedor. Isso se deu em razão do fato de o credor saber que o devedor não possuía ativos suficientes e deduzir o pedido de falência com o único objetivo de causar a rescisão de um contrato de arrendamento extremamente lucrativo que havia sido celebrado com o devedor. O tribunal entendeu que o credor havia se aproveitado do processo e agido de forma imoral.<sup>329</sup>

No segundo caso, entendeu-se que o pedido de falência feito pelo credor somente poderia ser admitido se o credor tivesse um legítimo interesse na abertura do processo de falência. Segundo o Tribunal Federal de Justiça alemão, o legítimo interesse existe nos casos em que o credor possui um crédito e o devedor está em situação de insolvência, inexistindo legítimo interesse quando o credor abusa do direito de pedir a falência do devedor. Determinou-se que o pedido feito com o único objetivo de eliminar um concorrente do mercado caracterizava abuso de direito. Não haveria problema se o credor buscasse primordialmente a satisfação do crédito e, de forma secundária, a eliminação do concorrente. Naquele caso, porém, a eliminação do concorrente era o único objetivo do credor.<sup>330</sup>

---

<sup>328</sup> Artigo 270b do Código de Insolvência.

<sup>329</sup> Tribunal Federal de Justiça, recurso nº VI ZR 256/61, julgado em 22.5.1962.

<sup>330</sup> Tribunal Federal de Justiça, recurso nº IX ZB 214/10, julgado em 19.5.2011.

No terceiro caso, posteriormente à apresentação de pedido de falência em face do devedor, o credor informou o tribunal que o crédito havia sido pago pelo devedor e requereu a extinção do processo. O tribunal entendeu que o acordo feito entre o credor e o devedor após a abertura do processo de falência caracterizava abuso de direito e violava a *par conditio creditorum*, ao conferir a um único credor favorecimento indevido. Determinou que o direito de receber o pagamento do crédito estava sendo utilizado em desconformidade com a sua finalidade.<sup>331</sup>

No quarto caso, o devedor fez uma proposta ao credor de pagamento parcelado da dívida e o credor ignorou a proposta, requerendo a continuação da falência por ele requerida. O tribunal entendeu que o credor estava utilizando o processo com a finalidade de pressionar o devedor e, assim, agindo de forma egoísta e não no interesse dos demais credores. O tribunal reconheceu a existência de abuso de direito e indeferiu o pedido de abertura do processo de falência.<sup>332</sup>

No quinto caso, o credor requereu a decretação da falência do devedor com base em um crédito no valor de EUR 1.409,00 (um mil, quatrocentos e nove euros). O tribunal entendeu que o credor estava utilizando o processo de forma abusiva, considerando que somente as custas do processo já superariam o valor do crédito.<sup>333</sup>

Nota-se que a utilização da teoria do abuso de direito pelos tribunais alemães está relacionada principalmente a atos praticados pelos credores na abertura de processos de insolvência em face do devedor. Nesse sentido, os tribunais alemães costumam verificar se a finalidade do processo foi observada ou se o credor o está utilizando apenas visando à consecução de interesses próprios e egoístas, em detrimento do quanto previsto na legislação alemã.

#### 11.4 Direito português

---

<sup>331</sup> Tribunal Regional de Duisburg, recurso n° 7 T 231/08, julgado em 28.11.2008.

<sup>332</sup> Juizado de Göttingen, processo n° 71 IN 85/11 NOM, julgado em 28.9.2011. No mesmo sentido: Juizado de Duisburg, processo n° 62 IK 99/01, julgado em 28.12.2001.

<sup>333</sup> Juizado de Göttingen, processo n° 74 IK 323/06, julgado em 19.7.2006.

Existem quatro tipos de processos de insolvência em Portugal: (i) falência; (ii) recuperação judicial; (iii) processo de revitalização; e (iv) recuperação extrajudicial.<sup>334</sup>

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (“CIRE”) define insolvência como a impossibilidade de cumprir as obrigações quando vencidas.<sup>335</sup> Se estiverem presentes os requisitos para a insolvência, os administradores da empresa deverão pleiteá-la. O CIRE apenas permite que os credores requeiram a insolvência quando possam demonstrar que a empresa não tem capacidade de honrar suas obrigações vencidas.

Tanto a decisão de liquidar, quanto a de recuperar a empresa insolvente são tomadas em assembleia de credores. A segunda opção é normalmente associada à existência de um plano de insolvência.<sup>336</sup> O plano de insolvência pode ser elaborado pelo administrador judicial, por determinados credores ou pela empresa insolvente, e depende de homologação judicial.

Na falência, a empresa é liquidada e os ativos são realizados para distribuição aos credores, de acordo com a classificação dos créditos.

O CIRE foi alterado em 2012 para introduzir o processo de revitalização, que se destina a permitir ao devedor em crise ou em situação de insolvência iminente negociar com seus credores visando à revitalização da empresa. Também foi introduzido o sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial.<sup>337</sup>

O CIRE não regula expressamente o abuso de direito. Apenas prevê que a dedução de pedido infundado de insolvência pelo credor ou sua indevida apresentação pelo devedor gera responsabilidade por perdas e danos, em caso de dolo.<sup>338</sup> Como já decidiu a jurisprudência portuguesa, a ideia foi prever um regime que não iniba o credor ou o devedor de requerer a insolvência, mas, ao mesmo tempo, puna-os em caso de requerimento doloso.<sup>339</sup>

---

<sup>334</sup> Artigo 1º e seguintes do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, alterado pela Lei 16/2012, e Decreto-lei 178/2012.

<sup>335</sup> Artigo 3º do CIRE. Apesar de dispor que a insolvência é apreciada tendo em conta a situação atual da empresa, permite o requerimento de insolvência quando esta for iminente.

<sup>336</sup> Os planos de insolvência também podem ser aprovados no cenários de falência, quando seja necessário e/ou conveniente estruturar o processo de falência com antecedência.

<sup>337</sup> Decreto-lei 178/2012.

<sup>338</sup> Artigo 22 do CIRE.

<sup>339</sup> Tribunal da Relação de Guimarães, Processo nº 51/81/10.2TBBRG.G1, Rel. Canela Brás, julgado em 20.1.1011.

Outra disposição do CIRE que tangencia o tema é a que prevê a qualificação da insolvência como culposa.<sup>340</sup> A insolvência será culposa quando a situação de crise tiver sido criada ou agravada em consequência da atuação deliberada do devedor ou dos seus administradores. Isso pode ocorrer quando o devedor ou seus administradores tenham, por exemplo, danificado ou ocultado patrimônio, celebrado negócios ruinosos em proveito próprio ou de pessoas a eles relacionadas ou exercido atividade em proveito próprio ou de terceiros, em prejuízo da empresa.

Assim, verifica-se que inexistente na legislação portuguesa regulação específica do abuso de direito nos processos de insolvência, mas o CIRE trata indiretamente da matéria ao punir o pedido infundado de insolvência e a insolvência culposa.

## 11.5 Direito francês

Existem seis tipos de processos de insolvência na França: (i) processo *ad hoc*; (ii) processo conciliatório; (iii) processo preventivo (*sauvegarde*); (iv) processo preventivo acelerado (*sauvegarde financière accélérée*); (v) recuperação judicial (*redressement judiciaire*); e (vi) falência.<sup>341</sup>

O processo *ad hoc* é um processo judicial flexível e sigiloso, que costuma ser utilizado para organizar uma negociação informal entre o devedor e os seus maiores credores. O processo somente pode ser iniciado pelo devedor solvente.<sup>342</sup>

O processo conciliatório também é um processo flexível e, de certo modo, sigiloso. Costuma ser utilizado para facilitar as negociações e instituir um acordo entre o devedor e os credores (*protocole de conciliation*), sob a supervisão de um conciliador. A principal diferença entre o processo conciliatório e o *ad hoc* é que, no processo conciliatório, os credores se beneficiam de certa proteção contra o risco de uma ação revocatória no futuro. Além disso, os novos financiamentos concedidos ao devedor no âmbito do processo conciliatório terão preferência no caso de falência do devedor. O processo conciliatório pode

---

<sup>340</sup> Artigo 185 do CIRE, que diferencia a insolvência culposa da insolvência fortuita.

<sup>341</sup> HENROT, Jacques; TALBOURDET, Paul; GUMPELSON, Joanna. *Restructuring and Insolvency*: France. Disponível em: <<http://www.practicallaw.com/1-501-6905?source=relatedcontent>>. Acesso em: 11 ago. 2012.

<sup>342</sup> A verificação da solvência é feita pela análise do fluxo de caixa.

ser iniciado pelo devedor que enfrentar dificuldades financeiras ou jurídicas ou que estiver em estado de insolvência há menos de 45 dias.

O processo preventivo é iniciado pelo devedor em crise, mas ainda não insolvente, visando à reorganização da empresa para permitir a continuação da atividade econômica, a manutenção dos empregos e o pagamento das dívidas.<sup>343</sup> O devedor propõe um plano que é votado pelos credores e pode incluir a reestruturação das dívidas, recapitalização da empresa, permuta de créditos por ações, venda de ativos ou venda parcial da empresa.

O processo preventivo acelerado visa à reestruturação dos débitos financeiros de forma rápida, contando com a aprovação dos credores financeiros.<sup>344</sup> Foi inspirado nos chamados *pre-packs* previstos no Código de Falência norte-americano. Pode ser iniciado pelo devedor desde que exista um processo conciliatório em curso, seja provável a aprovação do plano de reestruturação por pelo menos 2/3 dos créditos financeiros e sejam satisfeitos os requisitos legais formais para abertura do processo.

Já a recuperação judicial se aplica ao devedor insolvente que estiver operando e tiver viabilidade de recuperação, visando à reorganização da empresa para permitir a continuação da atividade econômica, a manutenção dos empregos e o pagamento dos débitos.<sup>345</sup> O devedor deverá pleitear a recuperação judicial no prazo de 45 dias contados da data em que se tornar insolvente. O processo também poderá ser iniciado pelo juiz, Ministério Público ou credores.

Por fim, a falência se aplica ao devedor insolvente que não tiver chance de recuperação.<sup>346</sup> Na falência, a empresa é liquidada e os ativos são realizados para distribuição aos credores.

De acordo com o entendimento prevalecente nos tribunais franceses, os motivos pelos quais o devedor decide iniciar um processo de insolvência são irrelevantes, contanto que a sua situação financeira justifique o início do processo.<sup>347</sup>

A única exceção diz respeito a um processo iniciado com intuito fraudulento. A doutrina francesa entende que existe intuito fraudulento nos casos em que o devedor inicia o processo

---

<sup>343</sup> Artigo L620-1 do Código Comercial.

<sup>344</sup> Criado por lei que entrou em vigor em 1.3.2011.

<sup>345</sup> Artigo L631-1 do Código Comercial.

<sup>346</sup> Artigo L640-1 do Código Comercial.

<sup>347</sup> Por exemplo: *Cour de Cassation, Chambre Commerciale*, recurso nº RG 10/0351, julgado em 8.3.2011; *Cour de Cassation, Chambre Commerciale*, recurso nº W 11-18.026, julgado em 3.7.2012.

forjando a situação de crise por meio da dissimulação da sua real situação financeira ou deliberadamente criando dificuldades financeiras com o objetivo de deixar de cumprir obrigações contratuais perante os credores.<sup>348</sup>

Em relação a esse ponto, jurisprudência e doutrina entendem que o credor também pode ser responsabilizado se utilizar o requerimento de recuperação judicial ou falência para alguma finalidade que não a prevista em lei.<sup>349</sup> Nesse aspecto, existirá abuso de direito se o credor fizer o requerimento com dolo ou culpa, como, por exemplo, se fizer o requerimento antes de ter formalmente demandado o pagamento da dívida, se souber que o devedor não está em situação de insolvência ou se inexistir prova da insolvência.

A responsabilidade do credor também depende de o requerimento ter causado prejuízos efetivos ao devedor, incluindo aqueles advindos da publicidade do processo (por exemplo, greves de funcionários, negativas de venda por fornecedores e negativas de crédito por instituições financeiras).

De outra parte, o abuso de direito também é discutido no contexto da chamada concessão abusiva de crédito pelas instituições financeiras. Anteriormente a 2006, os tribunais franceses entendiam que as instituições financeiras podiam ser responsabilizadas pela concessão abusiva de crédito se este fosse ruinoso para o devedor (por exemplo, se o crédito fosse excessivamente custoso ou desproporcional em comparação com o patrimônio da empresa) e levasse à sua insolvência ou se o crédito fosse concedido para uma empresa que a instituição financeira soubesse ou devesse saber estar em situação de crise irremediável. Na prática, esse entendimento acabou desincentivando instituições financeiras a concederem empréstimos a empresas em dificuldade financeira, considerando o receio de posterior responsabilização.

Foi então implementada uma alteração no Código Comercial com o propósito de proteger as instituições financeiras e estimular a concessão de crédito a empresas em dificuldade financeira.<sup>350</sup> Por meio dessa alteração, estipulou-se que os credores não serão

---

<sup>348</sup> Dentre outros: GALLE, Philippe Roussel. La fraude et l'ouverture de la sauvegarde. *Revue des Sociétés*, Paris, 2011, p. 384; MENJUCQ, Michel. Affaire Coeur Défense: la Cour de cassation recadre la cour d'appel de Paris sur la notion de difficultés justifiant une sauvegarde. *Revue des Procédures Collectives civiles et commerciales*, Paris, n. 2, mars/avril 2011.

<sup>349</sup> Nesse sentido: *Cour de Cassation, Chambre Commerciale*, recurso nº 88-10340, julgado em 5.12.1989; *Cour d'Appel de Paris*, 3ª Câmara, Seção A, recurso nº RG 87/17355, julgado em 23.2.1988; e VALLENS, J. L. *Abus de droit*. Paris: Lamy, 2012, p. 3054 e seguintes.

<sup>350</sup> Artigo 650-1 do Código Comercial.

responsabilizados por danos decorrentes da abertura de processos de insolvência<sup>351</sup>, exceto nos casos de fraude, interferência maléfica na gestão do devedor ou demanda de garantias excessivas pelos credores.

Em decisão proferida recentemente, a Corte de Cassação eliminou a discussão existente sobre as exceções à responsabilização dos credores e consolidou o entendimento de que a proteção concedida pelo Código Comercial se aplica a todos os credores que concedam ajuda financeira ao devedor, exceto nos aludidos casos de fraude, interferência maléfica na gestão do devedor ou demanda excessivas de garantias e, cumulativamente, nos casos em que a concessão do crédito seja considerada abusiva (*soutien abusif*).<sup>352</sup>

Verifica-se, assim, que as hipóteses de abuso identificadas nos processos de insolvência franceses estão principalmente relacionadas ao pedido de insolvência pelo devedor ou pelos credores com intuito fraudulento e à responsabilidade do credor por concessão abusiva de crédito.

## 11.6 Direito inglês

O direito inglês prevê cinco tipos de processos de insolvência, a saber: (i) processo de administração (*administration*); (ii) acordo extrajudicial (*company voluntary arrangement*); (iii) acordo judicial (*scheme of arrangement*); (iv) processo de excussão de garantias (*administrative receivership*); e (v) falência.<sup>353</sup>

A administração é um processo que visa a possibilitar a recuperação da empresa ou, se isso não for possível, a obtenção de resultados melhores do que aqueles que adviriam da falência (por exemplo, a realização mais eficiente dos ativos para pagamento aos credores). Permite que uma empresa insolvente continue a operar contando com a proteção legal contra

---

<sup>351</sup> De acordo com o Código Comercial, o credor também tem o direito de pleitear a abertura do processo de recuperação judicial ou a decretação de falência do devedor (artigos 631-5 e 640-5).

<sup>352</sup> *Cour de Cassation, Chambre Commerciale*, recurso nº 10-20.077, julgado em 27.3.2012. A doutrina explica que as exceções legais onde existe a responsabilidade do credor se aplicam aos casos de abuso na concessão do empréstimo (DAMMANN, Reinhard; RAPP, Alexis. *La responsabilité pour soutien abusif de l'article L. 650-1 du code de commerce: La fin des incertitudes*. Disponível em: <<http://www.dalloz.fr/Document?famille-id=REVUES&produit-id=RECUEIL&id=RECUEILCHRON20120222>>. Acesso em: 23 ago. 2012).

<sup>353</sup> ROOME, James; BANNISTER, Tom; DURBAN, Paul. *Restructuring and Insolvency*: UK (England & Wales). Disponível em: <<http://www.practicallaw.com/9-501-6812?source=relatedcontent>>. Acesso em: 11 ago. 2012.

ações iniciadas pelos credores. O pedido pode ser ajuizado pelo devedor, seus acionistas ou credores, e costuma ser aceito somente nos casos em que a empresa estiver (ou provavelmente vier a estar) impossibilitada de pagar os seus débitos e existir uma chance razoável de os objetivos do processo serem alcançados.

Pelo acordo extrajudicial, o devedor, seus acionistas e credores quirografários acordam a reestruturação das dívidas extrajudicialmente.<sup>354</sup> O objetivo é possibilitar que a empresa em dificuldade financeira chegue a um acordo com os credores para reestruturar as dívidas e possibilitar a continuação da atividade empresarial.

Já pelo acordo judicial, o devedor propõe a reestruturação das dívidas aos credores, que são segmentados em classes e votam um plano de recuperação, que deve ser homologado judicialmente.<sup>355</sup> O processo costuma ser complexo e tomar tempo, considerando a necessidade de envolvimento do Judiciário e a realização de assembleias de credores.

O processo de excussão de garantias ocorre extrajudicialmente e é utilizado por credores com garantia real visando à excussão das garantias para satisfação dos créditos. Pode ser iniciado por credores com garantia real ou flutuante (*floating charge*), que tiveram seus créditos inadimplidos. Os credores nomeiam um administrador (*receiver*), que ficará responsável pela realização dos ativos.

Por fim, a falência pode se dar por meio de um processo extrajudicial que caracteriza a dissolução do devedor insolvente (*creditors' voluntary liquidation*) ou judicial (*compulsory liquidation*). Na falência, a empresa é liquidada e os ativos são realizados para distribuição aos credores.

O conceito de abuso de direito parece estranho aos processos de insolvência ingleses. Não foram identificados autores que trataram da sua aplicação, tampouco regulamentação nos diplomas legais aplicáveis.

De fato, existe controvérsia até mesmo sobre a existência de uma obrigação geral de as partes em um processo de insolvência agirem de acordo com os ditames da boa-fé. As discussões travadas perante os tribunais ingleses geralmente têm como pano de fundo a

---

<sup>354</sup> Conforme parte 1, artigos 1 a 7, do *Insolvency Act 1986*.

<sup>355</sup> Conforme parte 26, artigos 895 a 901, do *Companies Act 2006*. Os principais tipos de *schemes of arrangement* são a alienação de ativos (como parte de um *pre-pack scheme*), a reestruturação de dívidas e a reorganização societária (como parte de um *cram down scheme*) e a distribuição dos ativos aos credores como parte de um *distribution scheme*.

violação a um dever contratual ou legalmente estabelecido, e não a violação à obrigação de agir com boa-fé.

Identificou-se um único julgado -- *Redwood Master Fund Ltd vs TD Bank Europe Ltd (2002)*<sup>356</sup> -- que analisou os conceitos de boa-fé e abuso de direito no contexto da renegociação de um contrato de financiamento inadimplido pelo devedor. O objeto da ação era analisar em que medida um grupo minoritário de credores financeiros poderia impugnar a decisão tomada pela maioria dos credores financeiros em relação à renúncia de direitos decorrentes do inadimplemento de um contrato de financiamento sindicalizado. Naquele caso, os credores minoritários haviam alegado que a decisão dos credores majoritários decorria da intenção egoística de melhorar a sua posição à custa dos minoritários, estaria motivada por vingança e seria de má-fé. Em termos gerais, o tribunal entendeu que os credores minoritários não tinham legitimidade para impugnar a decisão da maioria, a menos que essa decisão fosse comprovadamente discriminatória em relação aos minoritários, abusiva ou de má-fé.<sup>357</sup>

Apesar das incertezas que permeiam a aplicação dos conceitos de boa-fé e abuso no direito inglês, bem como as peculiaridades daquele sistema legal<sup>358</sup>, o julgado acima citado chegou a uma conclusão que poderia até mesmo ser aplicada em processos de insolvência regidos pelo direito brasileiro. Vê-se que o juiz analisou o caso sob a ótica do exercício do direito de acordo com a boa fé e a finalidade para a qual foi conferido, a existência de emulação e a fraude aos direito da minoria.

---

<sup>356</sup> *High Court of Justice*, Processo nº HC02C02854, Rel. J. Rimer, julgado em 11.12.2002.

<sup>357</sup> “The starting point in assessing the validity of its exercise in any case must be to assess, by reference to all available evidence, whether the power is being exercised in good faith for the purpose for which it was conferred. If it is, then the mere fact that it can be shown that a minority of those affected by it have been relatively disadvantaged by it as compared with the majority cannot automatically mean it has been exercised improperly. Of course, if it can be shown that the power has been exercised for the purpose of conferring special collateral benefits on the majority, or if the obtaining of such collateral benefits can be shown to have been the motive for the exercise of the power, that will be likely to lead to a conclusion that the exercise has been bad. It would not have been exercised for the purpose for which it was conferred, and its exercise in those circumstances would or might amount to a fraud on the minority. Equally, if it can be shown to have been motivated by a malicious wish to damage or oppress the interests of the minority adversely affected by it, then that too will vitiate the exercise, since that too will clearly amount to the commission of fraud on the minority [...]”.

<sup>358</sup> O *common law* inglês é baseado no fato de que o direito é criado ou aperfeiçoado pelo juiz por meio da aplicação de precedentes. Uma decisão a ser tomada em um caso concreto depende das decisões adotadas nos casos anteriores e afeta as decisões nos casos futuros. No sistema inglês, porém, o costume e o precedente estão subordinados à legislação (*statute law*), considerando que “as regras consuetudinárias e de *common law* podem ser privadas do seu estatuto jurídico por uma lei parlamentar” (HART, Herbert L. A., 1986, p. 112).

Verifica-se, no entanto, que a aplicação da teoria do abuso de direito é bastante restrita nos processos de insolvência regidos pelo direito inglês.

### 11.7 Direito norte-americano

Os processos de insolvência regidos pelo direito norte-americano estão previstos no Código de Falência, especialmente nos Capítulos 7 e 11, que tratam da falência e da reestruturação de empresas.

O Capítulo 11 regula o processo de reestruturação do devedor (*Chapter 11 proceeding*). O objetivo do processo é preservar as atividades da empresa mediante a reestruturação das dívidas e da estrutura societária, de acordo com um plano que regulará os pagamentos a serem feitos aos credores. O processo pode ser iniciado pelo próprio devedor ou pelos credores. No caso de o processo ser iniciado por credores, é necessário que o devedor tenha deixado de pagar suas dívidas na data do vencimento.

Já o Capítulo 7 regula o processo de falência, onde a empresa é liquidada e os seus ativos são realizados para distribuição aos credores, de acordo com a classificação dos créditos.

Apesar de também inexistir previsão expressa na legislação norte-americana sobre o abuso de direito nos processos de insolvência, existe a previsão de que os planos de recuperação devem ser propostos de boa-fé para que possam ser homologados judicialmente.<sup>359</sup>

A doutrina explica que, antigamente, o Código de Falência previa que o pedido de recuperação com base no Capítulo 11 somente podia ser aceito se fosse apresentado de boa-fé, o que pressupunha a existência de chance real de que a recuperação do devedor fosse bem sucedida.<sup>360</sup> Em 1978, porém, o Código de Falência foi alterado e essa previsão excluída. Atualmente, existe apenas a previsão de que os planos de recuperação devem ser propostos de boa-fé para que possam ser homologados judicialmente.

---

<sup>359</sup> § 1129(a)(3) do Capítulo 11 do Código de Falência.

<sup>360</sup> MOJDEHI, Ali M. M.; GERTZ, Janet Dean. The implicit “good faith” requirement in chapter 11 liquidations: a rule in search of a rationale? *ABI Law Review*, [S.l.], v. 14, 2006, p. 143-144.

Ao analisar o requisito legal de apresentação do plano de recuperação de boa-fé, o juiz deve considerar todas as circunstâncias que permeiam o caso, essencialmente aquelas de natureza fática. A doutrina entende que, apesar de o conceito de boa-fé não ter sido definido pela lei norte-americana, ele deve ser interpretado no sentido de existir uma probabilidade razoável de o plano de recuperação alcançar um resultado consistente com os objetivos e propósitos do Código de Falência.<sup>361</sup>

No caso *Victory Construction Co., Inc. (1981)*, o devedor apresentou pedido de recuperação com base no Capítulo 11 do Código de Falência e obteve a suspensão das ações contra ele ajuizadas (*automatic stay*).<sup>362</sup> Alguns credores apresentaram impugnação requerendo a liberação do período de suspensão ou, alternativamente, o indeferimento do pedido de recuperação, sob a alegação de que ele não havia sido ajuizado de boa-fé pelo devedor. O juiz entendeu que a inexistência de boa-fé do devedor ao ajuizar o pedido de recuperação era suficiente para ensejar o levantamento do período de suspensão.

O caso apresenta uma análise minuciosa da abrangência do conceito de boa-fé e da sua aplicabilidade aos processos de recuperação, concluindo existir a obrigação de o devedor agir de boa-fé não apenas para permitir a homologação do plano de recuperação (como previsto expressamente pelo Código de Falência), mas também ao ajuizar o próprio pedido de recuperação.

Também apresenta interessante estudo histórico sobre a aplicação do conceito de boa-fé e abuso de direito nos processos de insolvência, indicando as seguintes situações onde tais conceitos foram aplicados pelos tribunais norte-americanos: (i) violação intencional ou reiterada à lei; (ii) utilização do processo de recuperação para defraudar terceiros; (iii) ocultação de ativos; (iv) utilização do processo para resolver disputas entre os sócios; (v) inexistência de razões que justifiquem a necessidade de reestruturação da empresa; (vi) atrasos injustificados, visando a uma alteração das condições do mercado; (vii) abuso das disposições legais, da sua finalidade e espírito, diante da impossibilidade de reestruturação da empresa, entre outros.

---

<sup>361</sup> RESNICK, Alan N.; SOMMER, Henry J. *Collier on Bankruptcy*. 16th ed. [New York]: Matthew Bender, 2012, p. 2-5 dos comentários ao § 1129 do Código de Falência. v. 7.

<sup>362</sup> *United States Bankruptcy Court for the Central District of California*, Processo n° LA-80-07936-RO, J. Robert L. Ordin, julgado em 26.1.1981.

Verifica-se, assim, que o conceito de abuso de direito tem ampla aplicação aos processos de insolvência regidos pelo direito norte-americano, que geralmente o associa à noção de boa-fé e às chances reais de recuperação da empresa.

## CONCLUSÃO

A Lei 11.101/2005 prevê a soberania da assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação, estando o juiz essencialmente vinculado ao resultado da deliberação assemblear. No entanto, viu-se que a soberania da assembleia-geral de credores não pode ser absoluta. As suas deliberações estão sujeitas à homologação judicial e, evidentemente, o juiz não homologará deliberação ilegal, fraudulenta ou abusiva, até porque a recuperação judicial envolve interesse público e tem caráter social.

Nesse sentido, o juiz deverá efetuar o controle da legalidade das deliberações assembleares. Para exercer tal controle de legalidade, o juiz precisará verificar o conteúdo do plano de recuperação e da deliberação assemblear. No entanto, a verificação do conteúdo do plano de recuperação e da deliberação assemblear pelo juiz deve estar pautada na sua legalidade (formal e material), e não na sua conveniência e oportunidade.

Sob esse aspecto, há que ser respeitado o poder dos credores para deliberar sobre o plano de recuperação. O juiz não tem o poder de determinar se o plano deve ou não ser aprovado, mas sim de determinar se está de acordo com o ordenamento jurídico. Não fosse assim, estar-se-ia transferindo ao Judiciário o poder deliberativo sobre o plano de recuperação, o que desvirtuaria o espírito da Lei 11.101/2005.

Viu-se que a teoria do abuso de direito tem ampla incidência na recuperação judicial, seja para reprimir o exercício do direito que viole a sua razão de ser -- o bem maior que protege (preservação da empresa) e para cuja realização serve de instrumento -- ou para garantir que a boa-fé e os bons costumes sejam respeitados.

A principal regulamentação do abuso de direito está no Código Civil, que exige no artigo 187 a compatibilização do exercício dos direitos com os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo seu fim econômico e social.

A repressão do abuso de direito insere-se na busca do justo, traduzindo a obrigação de observar os valores fundamentais do ordenamento que atribui os direitos que serão exercidos. Tem a importante missão de equilibrar os interesses em jogo e verificar as razões que legitimam o exercício dos direitos, reprimindo atos que, apesar de estarem fundamentados em um direito aparente, violam a intenção normativa que fundamenta e

constitui o direito. A repressão do abuso de direito constitui princípio geral do direito brasileiro e cláusula geral implícita nas relações contratuais e extracontratuais.

Verificou-se que a repressão do abuso de direito pelo Código Civil tem aplicação subsidiária à recuperação judicial, considerando que a Lei 11.101/2005 é silente sobre a matéria, justificando o recurso à analogia e aos princípios gerais de direito, e o plano de recuperação tem natureza contratual, sujeitando-se ao regime aplicável aos negócios jurídicos no Código Civil, aí incluído o citado artigo 187.

Além do Código Civil, outras legislações reprimem o abuso de direito. Foram analisadas as disposições existentes na Lei das Sociedades Anônimas (abuso do direito de voto e do poder de controle pelo acionista e abuso de finalidade pelo administrador), na Lei 12.529/2011 (abuso do poder econômico) e no Código de Processo Civil (abuso processual).

A aplicação subsidiária da Lei das Sociedades Anônimas e da Lei 12.529/2011 está autorizada nos casos em que as situações sejam efetivamente semelhantes e haja lacuna na Lei 11.101/2005, justificando o recurso à analogia. Já a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil está expressamente autorizada pela própria Lei 11.101/2005.

No âmbito da recuperação judicial, investigou-se o abuso de direito pelo credor, pelo devedor, seus sócios e administradores.

Em relação ao credor, analisou-se o abuso do direito de voto, o abuso do poder econômico e o abuso do fornecedor.

O direito de voto existe tendo em vista a finalidade para a qual foi instituído. Do ponto de vista econômico, a finalidade do direito de voto é a defesa do direito de crédito. Do ponto de vista social, sua finalidade é cooperar com a promoção da preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O que legitima o voto exercido pelos credores é o objetivo de satisfazer o crédito. No entanto, além do objetivo de satisfazer o crédito, é importante que o credor tenha em mente a finalidade social do voto, cooperando com a preservação da empresa. O dever de cooperação, porém, não se confunde com uma suposta obrigação de o credor aprovar o plano de recuperação em qualquer hipótese. A Lei 11.101/2005 não busca preservar a empresa a qualquer custo, mas sim promover a preservação da empresa recuperável e retirar do mercado a empresa irrecuperável.

Analisaram-se duas situações exemplificativas do abuso do direito de voto pelo credor: conflito de interesses e abuso da minoria.

Sobre o conflito de interesses, apontou-se que diversos fatores influenciam a tomada de decisão pelos credores. Alguns estão guiados pelo legítimo interesse de viabilizar a recuperação da empresa e satisfazer o crédito; outros, por interesses particulares e egoísticos que conflitam com o seu interesse na qualidade de credor. Se o credor sobrepuser tais interesses particulares ao interesse de viabilizar a recuperação e receber o crédito, estará se valendo do voto para se beneficiar pessoalmente da situação, caracterizando abuso de direito por violação aos limites impostos pela finalidade econômica e social do voto, bem como pela boa-fé e pelos bons costumes.

Sobre o abuso da minoria, viu-se a necessidade de flexibilização -- de forma cuidadosa e criteriosa -- dos requisitos para *cram down* estabelecidos na Lei 11.101/2005, a fim de evitar que determinado credor com garantia real suficiente abuse do direito de voto e egoisticamente imponha a decretação da falência, em prejuízo do devedor e da coletividade de credores.

Outrossim, viu-se que a proteção conferida pela Lei 11.101/2005 aos fornecedores de bens e serviços ao devedor é insuficiente para incentivar a manutenção do fornecimento. Em regra, é inviável a imposição do fornecimento nos termos anteriormente vigentes, considerando que a realidade após o ajuizamento da recuperação judicial será outra. No entanto, poderá haver a imposição do fornecimento pelo juiz quando a lei assim determinar ou quando o bem ou serviço for considerado essencial à continuidade do devedor e a interrupção do fornecimento tenha sido fundamentada na existência de débito anterior ao pedido de recuperação judicial.

No último caso, verificou-se que o débito anterior ao pedido de recuperação judicial não autoriza a interrupção do fornecimento, já que tal débito estará sujeito aos efeitos da recuperação judicial e será pago nos termos do plano de recuperação. Nesse sentido, a interrupção do fornecimento sob esse fundamento seria abusiva, na medida em que teria o objetivo de forçar o devedor a pagar dívida pretérita, desvirtuando a finalidade do direito e privando o devedor de bens e serviços essenciais à sua recuperação.

Sobre o abuso do poder econômico, viu-se que poderão ser abusivos os atos praticados com o intuito de prejudicar a livre concorrência ou iniciativa, dominar mercado relevante,

aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante. A rejeição de plano de recuperação por credor concorrente do devedor não necessariamente caracterizará abuso de poder econômico. Para que haja abuso, é necessário verificar a real motivação do credor ao exercer o direito de voto e os efeitos que poderiam decorrer do exercício desse direito. Se ficar comprovado que a rejeição do plano teve o objetivo precípua de eliminar o concorrente do mercado, existirá abuso. No entanto, inexistirá abuso se o credor buscar a satisfação do crédito, ainda que se beneficie, de forma secundária, da eliminação do concorrente.

Igualmente, foi também investigado o abuso de direito pelo devedor, seus sócios e administradores.

Em relação ao devedor, o abuso foi primeiramente investigado no contexto do exercício do direito de veto às alterações propostas pelos credores ao plano de recuperação. O direito de veto foi estabelecido a fim de conceder ao devedor a oportunidade de rever as alterações propostas pelos credores, evitando que o devedor seja obrigado a aceitar um plano que não tenha condições de cumprir ou com o qual não concorde.

Para verificar eventual abuso do direito de veto, é necessário analisar as modificações propostas pelos credores e as razões que levaram o devedor a rejeitar tais modificações, com o intuito de identificar a motivação do veto. O veto abusivo está geralmente associado a uma conduta egoísta ou irrazoável do devedor, em desconformidade com o interesse da própria empresa e com o fim de causar prejuízos a terceiros ou de obter vantagem indevida, acarretando a falência de uma empresa que tinha chances reais de recuperação.

Por outro lado, é possível que o devedor exerça o veto de forma legítima, por julgar que as modificações propostas pelos credores são inaceitáveis e a falência é a única saída. Nesse caso, inexistirá abuso, mas sim exercício regular do direito de veto.

Em relação ao abuso de direito pelos sócios do devedor, viu-se que, nos termos da Lei das Sociedades Anônimas, serão abusivos os atos praticados em desconformidade com o interesse da companhia, tenham eles o fim de causar dano à companhia ou acionistas ou de obter vantagem a que não se faz jus e de que resulte prejuízo efetivo ou potencial para a companhia ou acionistas. De outra parte, haverá abuso do poder de controle quando o controlador deixar de usar o seu poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e função social.

Sobre os administradores do devedor, serão abusivos os atos praticados de forma contrária à finalidade das suas atribuições ou com desvio de poder. Além de satisfazer os interesses da empresa, o administrador deve atender à sua função social e às exigências do bem público, sob pena de incorrer em abuso de poder ou de finalidade.

Também se examinou o abuso da personalidade jurídica do devedor. Nos termos do Código Civil, essa modalidade de abuso está caracterizada pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, justificando o acesso aos bens particulares dos administradores ou sócios do devedor.

Chegou-se, então, à análise do abuso no plano de recuperação. A função do plano é estabelecer os meios de recuperação a serem empregados e demonstrar a viabilidade econômica da empresa. Se o devedor e/ou os credores utilizarem o plano de recuperação de modo a desvirtuar as finalidades da recuperação judicial, abusarão do direito de elaborar o plano. De forma semelhante, haverá abuso se, ao elaborar o plano, devedor e/ou credores manifestamente excederem os limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Verificou-se que a abusividade do plano costuma estar relacionada a exigências espúrias pelos credores em contrapartida à aprovação do plano, estipulações concedendo benefício indevido ao devedor ou impondo sacrifício excessivo aos credores, tratamento diferenciado aos credores pertencentes a uma mesma classe e estipulações emulativas.

Em relação às exigências espúrias pelos credores, apontou-se que a recuperação judicial impõe a equalização e repartição dos prejuízos entre os interessados. Se os credores agirem de forma oportunista, visando a se aproveitar do fato de que o devedor está enfrentando um momento delicado, poderão incorrer em abuso de direito.

No entanto, a almejada equalização e repartição dos prejuízos não se aplica apenas aos credores, mas também ao devedor e aos seus sócios. Assim, o plano também será abusivo se impuser sacrifício excessivo aos credores ou conceder benefício indevido ao devedor ou aos seus sócios, proporcionando o seu enriquecimento ilícito à custa dos credores.

De outra parte, viu-se que o tratamento diferenciado aos credores de uma mesma classe deve ser utilizado com critério, moderação e razoabilidade, nos casos em que seja necessário para propiciar a recuperação da empresa e a justa equalização e realização do passivo. Não pode o devedor abusar dessa previsão de modo a manipular o quórum de votação do plano, colocando os credores uns contra os outros e impondo sacrifício excessivo à minoria. É

recomendável que, sempre que houver tratamento diferenciado aos credores de uma mesma classe, a necessidade de diferenciação seja justificada.

Também se apontou que, se o plano contiver estipulação emulativa, será abusivo por violar os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelas finalidades da recuperação judicial. Nesse aspecto, as partes não podem utilizar a recuperação judicial como instrumento de vingança pessoal e fazer imposições injustificadas por mero capricho.

Analisou-se, outrossim, o abuso processual. Viu-se que a litigância de má-fé reprimida pelo Código de Processo Civil reflete situação de abuso processual, em violação ao dever de agir com boa-fé, lealdade e probidade. A parte abusará do processo de recuperação judicial quando incorrer em qualquer das situações descritas no Código de Processo Civil.

A consequência do abuso de direito será a reparação total do dano. Nos casos em que a indenização for insuficiente, os tribunais devem estar atentos para determinar obrigações de fazer ou não-fazer, providências cominatórias ou preventivas e a invalidação da deliberação abusiva ou da cláusula do plano de recuperação considerada abusiva, em qualquer caso sem prejuízo da indenização de eventuais prejuízos decorrentes do abuso.

Por fim, a análise de casos revelou que a jurisprudência sofreu uma reviravolta em 2012, com a prolação de acórdãos que determinam a necessidade de uma atuação judicial mais enérgica no controle da legalidade das deliberações assembleares.

Os dois casos emblemáticos são Cerâmica Gyotoku Ltda. e Decasa Açúcar e Alcool S/A, onde o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou que apenas as deliberações assembleares consonantes com o ordenamento jurídico são soberanas, decretando a nulidade da deliberação viciada e impondo a apresentação de um novo plano de recuperação. Julgados posteriores, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, seguiram a mesma linha.

É louvável o posicionamento mais enérgico dos tribunais de coibir ilegalidades, fraudes e abusos na recuperação judicial, impedindo a implementação de deliberações violadoras do ordenamento jurídico. Os vícios identificados nos planos de recuperação analisados neste trabalho eram tão graves que, se fossem admitidos pelos tribunais, poderiam levar à desmoralização do instituto da recuperação judicial e ao incentivo à pactuação de obrigações em termos ilegais, fraudulentos e abusivos.

Observou-se apenas que algumas das disposições decretadas nulas pelos tribunais -- por exemplo, o elevado percentual de deságio sobre os créditos quirografários e a supressão de correção monetária e juros -- caracterizam direitos disponíveis e estão dentro do âmbito de negociação das partes.

Os credores podem pactuar a concessão de significativo deságio sobre tais créditos e a supressão de correção monetária e juros se julgarem que isso é necessário para possibilitar o cumprimento do plano de recuperação pelo devedor e contribuir para a preservação da empresa. Trata-se de um julgamento comercial de cada credor de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, que não viola a lei, mas sim se adequa à finalidade de promover a preservação da empresa.

Espera-se que esta dissertação tenha sido capaz de estabelecer critérios que sirvam de parâmetro ao reconhecimento e à repressão do abuso de direito na recuperação judicial, contribuindo para o desenvolvimento da jurisprudência e para a consecução de planos de recuperação justos, equilibrados e que cumpram com as finalidades econômicas e sociais da Lei 11.101/2005.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1978.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do Abuso de Direito*. Coimbra: Almedina, 1983.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. As obrigações e os contratos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 9, set./dez. 1999.

ALMEIDA, António Pereira de. A relevância dos vícios do voto nas deliberações sociais. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Org.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*. v. IV, Coimbra: Almedina, 2003.

ARAGÃO, Leandro Santos de. Assembléia-geral de credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o direito societário. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ARNAUD, André-Jean. *Les origines doctrinales du Code civil français*. Paris: LGDJ, 1969.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do Negócio Jurídico Nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade Civil do Banco por Concessão Abusiva de Crédito. In: WAISBERG, Ivo; FONTES, Marcos Rolim Fernandes (Coord.). *Contratos Bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BENETI, Sidnei Agostinho. O Processo da Recuperação Judicial. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BESSONE, Darcy. *Do Contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile: Il Contratto*. v. 4, Milano: Giuffrè, 2005.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOULOS, Daniel M. *Abuso do Direito no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Novação recuperacional. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXIX, n. 105, set. 2009.

CAMPINHO, Sergio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. *Falência e Recuperação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no Código Civil de 2002 (art. 187): Relativização dos direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHOSA, Modesto. Arts. 35 a 40. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012.

CHERUBINI, Giorgio. *Restructuring and Insolvency: Italy*. Disponível em: <<http://www.practicallaw.com/8-501-9255?source=relatedcontent>>. Acesso em: 11 ago. 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e recuperação de empresas*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

\_\_\_\_\_. A natureza subjetiva da responsabilidade civil dos administradores de companhia. *Revista Direito de Empresa*, São Paulo, v. 1, p. 9, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa in agendo: Estudo de Direito civil e de Direito processual civil, com exemplo no requerimento infundado da insolvência, à luz do Código de 2004*. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. *Eficácia externa dos créditos e abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 2009.

DAMMANN, Reinhard; RAPP, Alexis. *La responsabilité pour soutien abusif de l'article L. 650-1 du code de commerce: La fin des incertitudes*. Disponível em: <<http://www.dalloz.fr/Document?famille-id=REVUES&produit-id=RECUEIL&id=RECUEILCHRON20120222>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. v. I, São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FARIA, Ely de Oliveira. Reflexões acerca do abuso do direito de voto de credor contra o plano de recuperação e soluções. *Revista de Direito Empresarial e Recuperacional*, São Paulo, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. *Revista de Direito Econômico*, Rio de Janeiro, v. 21, p. 23, out./dez. 1995.

FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. Arts. 35 a 46. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 -- artigo por artigo*, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRANÇA, Rubens Limongi. Abuso do direito. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 1977.

GALGANO, Francesco. *Il Dovero di Buona Fede e L'Abuso Del Diritto*. Disponível em: [http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/files/019343\\_resource1\\_orig.pdf](http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/files/019343_resource1_orig.pdf). Acesso em: 20 abr. 2011.

GALLE, Philippe Roussel. La fraude et l'ouverture de la sauvegarde. *Revue des Sociétés*, Paris, 2011.

GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1993.

GOLDBERG, Daniel K. Notas sobre a nova Lei de Recuperação de Empresas e sua racionalidade econômica. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Direito Empresarial: falimentar e recuperacional*. v. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Forense: São Paulo, 2007.

GROTHER, Helmut. *Münchener Kommentar zum BGB*. 5. ed. München: C.H. Beck, 2006.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. *Responsabilidade Civil por Abuso do Direito*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil - industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, v. 42, p. 69, abr./jun. 1981.

GUERRERA, Fabrizio. Abuso del voto e controllo “di correttezza” sul procedimento deliberativo assembleare. *Rivista delle società*, Milano, genn./febb. 2002.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HENROT, Jacques; TALBOURDET, Paul; GUMPELSON, Joanna. *Restructuring and Insolvency*: France. Disponível em: <<http://www.practicallaw.com/1-501-6905?source=relatedcontent>>. Acesso em: 11 ago. 2012.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Interpretación económica de los contratos*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1994.

JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie de l'abus des droits*. Paris: Dalloz, 1927.

LACERDA, José Cândido Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. v. 3, São Paulo: Saraiva, 1978.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *O Abuso e o Novo Direito Civil Brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

\_\_\_\_\_. Anotações sobre o Abuso de Direito. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 11, p. 68, jul./set. 2002.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOBO, Jorge. Da Assembléia-Geral de Credores. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado: parte geral*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

LUCCA, Newton De. Abuso do direito de voto de credor na assembleia-geral de credores prevista nos arts. 35 a 46 da Lei 11.101/2005. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011.

LUCENA, Adriana. Abuso do Direito Creditório: Lei 11.101/2005. *Revista de Direito Empresarial e Recuperacional*, São Paulo, 2010.

LUNARDI, Fabrício Castagna. A Teoria do Abuso de Direito no Direito Civil Constitucional: novos paradigmas para os contratos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 34, abr./jun. 2008.

MAMEDE, Gladson. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4.

MANDEL, Julio Kahan. Da convolação da recuperação judicial em falência. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 10, n. 36, abr./jun. 2007.

\_\_\_\_\_. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MANGE, Eduardo Foz. *A Assembleia-Geral de Credores na Recuperação Judicial*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARSEGLIA, Cinzia. Rottura brutale del credito e responsabilità della banca. *Banca, borsa e titoli di credito*, Milano, v. 61, n. 1, genn./febr. 2008.

MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. 3. ed. histórica com Considerações Preliminares à Guisa de Atualização de José da Silva Pacheco, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARZAGÃO, Lídia Valério. A Recuperação Judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARZIO, Fabrizio Di. Sulla fattispecie “concessione abusive di credito”. *Banca, borsa, titoli di credito*, Milano, v. 62, n. 3, magg./giugno 2009.

MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. *O Poder de Controle nas Companhias em Recuperação Judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MENJUCQ, Michel. Affaire Coeur Défense: la Cour de cassation recadre la cour d’appel de Paris sur la notion de difficultés justifiant une sauvegarde. *Revue des Procédures Collectives civiles et commerciales*, Paris, n. 2, mars/avril 2011.

MEYER-LÖWY, Bernd et al. Landmark German Bankruptcy Reform Law Creates Opportunities for Stakeholders. *The Banking Law Journal*, [S.l.], n. 6, v. 129, jun. 2012.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. 2. reimpr. t. 28.

MOJDEHI, Ali M. M.; GERTZ, Janet Dean. The implicit “good faith” requirement in chapter 11 liquidations: a rule in search of a rationale? *ABI Law Review*, [S.l.], v. 14, 2006.

MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembléia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Do procedimento de recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 -- artigo por artigo*, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NANNI, Giovanni Ettore. *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008.

NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcellos. *Abuso no Exercício do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7. ed. rev., ampl. e atual. até 25.8.2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NIGRO, Alessandro. La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in crisi. *Giurisprudenza commerciale*, Milano, v. 38, n. 3, 2011.

NORONHA, Fernando. *O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Marcelo Guedes; BARRETO, Marco Aurélio Freire. Alguns Apontamentos sobre Comunhão de Credores e Viabilidade Econômica. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Aspectos relevantes do instituto da recuperação judicial e necessária mudança cultural. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de Empresas: uma múltipla visão da nova lei*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Comentários à Lei de Recuperação e Falência: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 -- artigo por artigo, 2. ed. rev., atual. e ampl.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I.

PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. *Princípios do Direito Falimentar e Recuperacional Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Paulo Mota. *Sobre a proibição do comportamento contraditório venire contra factum proprium no direito civil*. Volume Comemorativo do 75º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: FDUC, 2003.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. A Teoria dos Jogos e o Processo de Recuperação de Empresas. In: WALD, Arnaldo (org.). *Direito Empresarial: falimentar e recuperacional*. v. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 2.

RESNICK, Alan N.; SOMMER, Henry J. *Collier on Bankruptcy*. 16th ed. [New York]: Matthew Bender, 2012. v. 7.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de Empresas: de acordo com a lei 11.101, de 09.02.2005*. Barueri: Manole, 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*. 30. ed. Saraiva: São Paulo, 2004. v. 3.

ROOME, James; BANNISTER, Tom; DURBAN, Paul. *Restructuring and Insolvency: UK (England & Wales)*. Disponível em: <<http://www.practicallaw.com/9-501-6812?source=relatedcontent>>. Acesso em: 11 ago. 2012.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 1997.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SAVAUX, Éric. *La Théorie Générale Du Contrat, Mythe ou Réalité?* Paris: LGDJ, 1997.

SCHEINMAN, Maurício. *Da natureza jurídica da recuperação judicial e da inexistência de concurso de credores no processo e da necessidade de exato cumprimento do plano apresentado*. Disponível em: <http://www.blogdoscheinman.blogspot.com/2011/03/danatureza-juridica-da-recuperacao.html>. Acesso em: 4 ago. 2012.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Interesses transindividuais dos credores nas assembleias-gerais e sistemas de aprovação do plano de recuperação judicial. In: LUCCA, Newton De; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.). *Direito Recuperacional: Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SIRENA, Pietro. *Il Diritto Europeo dei Contratti D'Impresa: Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*. Milano: Giuffrè, 2006.

SLUD, Esther. *O abuso do direito de voto no âmbito da recuperação judicial* (Trabalho de Conclusão de Curso – Direito) – Fundação Getúlio Vargas - Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2010.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STREIT, Georg; BÜRK, Fabian. *Restructuring and Insolvency: Germany*. Disponível em: <<http://www.practicallaw.com/2-501-6976?source=relatedcontent#a372394>>. Acesso em: 11 ago. 2012.

SZTAJN, Rachel. Notas sobre as Assembleias de Credores na Lei de Recuperação de Empresas. *Revista de Direito Mercantil - industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, a. XLIV, n. 138, abr./jun. 2005.

TEPEDINO, Ricardo. Dos efeitos da decretação de falência sobre as obrigações do devedor. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO JR., Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 344, p. 43, out./dez. 1998.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Recuperação Judicial -- Sociedades Anônimas -- Debêntures -- Assembléia Geral de Credores -- Liberdade de Associação -- Boa-fé Objetiva -- Abuso de Direito -- Cram Down -- Par Condicio Creditorum. *Revista de Direito Mercantil - industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, v. 45, n. 142, p. 263, abr./jun. 2006.

VALLENS, J.L. *Abus de droit*. Paris: Lamy, 2012.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 3. tir. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Sociedade por ações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Malheiros, 2008, v. 3.

VITIELLO, Mauro. *Responsabilità delle banche per concessione abusive di credito e risanamento*. Disponível em: <[http://www.ilfallimentarista.it/sites/default/files/uploads/pdf/Vitiello\\_RESPONSABILIT%C3%80%20DELLE%20BANCHE%20PER%20CONCESSIONE%20ABUSIVA%20DI%20CREDITO%20E%20RISANAMENTO.pdf](http://www.ilfallimentarista.it/sites/default/files/uploads/pdf/Vitiello_RESPONSABILIT%C3%80%20DELLE%20BANCHE%20PER%20CONCESSIONE%20ABUSIVA%20DI%20CREDITO%20E%20RISANAMENTO.pdf)>. Acesso em: 7 ago. 2012.

WALD, Arnoldo; WAISBERG, Ivo. Arts. 47 a 49. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Legislação, Jurisprudência e Contratos Bancários. In: WAISBERG, Ivo; FONTES, Marcos Rolim Fernandes (Coord.). *Contratos Bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ZANINI, Carlos Klein. Da Falência. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 -- artigo por artigo, 2. ed. rev., atual. e ampl.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.