

# Albuquerque: O voto abusivo no projeto que altera a LREF

07/12/2020

No último dia 25, o Senado Federal remeteu para a sanção presidencial o Projeto nº 4.458, de 2020, que, entre outras providências, altera uma série de dispositivos da Lei nº 11.101, de 2005 (LREF), que regulamenta a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência em nosso ordenamento jurídico.



Uma das novidades trazidas pelo referido projeto é o

tratamento específico do tortuoso tema do *abuso do direito de voto* no âmbito da assembleia geral de credores, que veio normatizado pelo §6º do artigo 39 com a seguinte feição: "*O voto será exercido pelo credor no seu interesse e de acordo com o seu juízo de conveniência e poderá ser declarado nulo por abusividade somente quando manifestamente exercido para obter vantagem ilícita para si ou para outrem*".

Este escrito é dedicado à breve análise dessa proposição.

De saída, é de se ter em conta que, nada obstante o texto original da LREF não trate expressamente do abuso do direito de voto, nunca houve grande dúvida sobre a possibilidade de aplicação da norma geral do artigo 187 do CC para análise do voto proferido pelo credor no ambiente da assembleia geral [1] [2].

Com efeito, a norma inserta no artigo 187 do CC consagra a regra de que todos os direitos devem ser exercidos dentro do padrão de normalidade [3]. Trocando em miúdos, e com apoio na lição de Menezes Cordeiro, as posições jurídicas de vantagem não podem ser exercidas de modo que, uma vez efetivadas, desdiguem a sua finalidade sistemática: é abusivo, em suma, o exercício disfuncional do direito [4].

A par de delimitar qual seria o padrão de normalidade de exercício dos direitos, o artigo 187 do CC elenca como limites para a atuação do sujeito a função socioeconômica do direito, a boa-fé objetiva e os bons costumes. Fixadas essas fronteiras pelo ordenamento, calha lembrar a lição

de Pontes de Miranda pela qual *"é óbvio que é dentro dos limites do conteúdo dos direitos é que esses se devem exercer. (...) Onde se vai além dos limites, o ato já não é exercício, é ato ilícito"* [5].

De se anotar, mesmo *a latere*, que a inserção do advérbio "manifestamente" no texto do artigo 187 do CC serve justamente para conceder o benefício da dúvida — e, assim, da validade — para aqueles atos jurídicos em que, de alguma maneira, se possa entrever que a finalidade do direito foi cumprida, ainda que não do modo ideal.

Sob esses influxos, basta que seja evidenciado que o voto do credor no ambiente da assembleia geral excedeu manifestamente qualquer uma dessas fronteiras (mais comumente, a função socioeconômica do voto e o padrão da boa-fé objetiva) para que seja nulificado — uma vez que o ato abusivo é ilícito e, por isso, nulo [6]. Esse é o cenário atual.

No entanto, com a possível sobrevinda do §6º do artigo 39 da LREF (e, no momento em que se submete este escrito, não há notícia de sanção), o cenário muda — e para pior.

Primeiramente, uma premissa interpretativa inafastável do possível §6º do artigo 39 é a de que, ao invocar textualmente a categoria de *"nulo por abusividade"*, este não pode ser aplicado sem um cotejo com o teor do artigo 187 do CC, que é a norma que define abusividade em tom geral no ordenamento nacional e estabelece os limites para o exercício normal dos direitos.

Nesse ensejo, surge a dupla disfuncionalidade do possível §6º do artigo 39.

De um lado, o texto enviado à sanção presidencial faz crer que o direito de voto no âmbito da assembleia de credores é um direito afuncional, por meio do qual o credor está absolutamente livre para, no seu interesse, realizar o seu juízo de conveniência.

Porém, não se pode perder de vista que, como anota Judith Martins-Costa, *"sendo o direito subjetivo substancialmente funcional, os poderes que carrega são instrumentais"* [7]. Também o direito ao voto na assembleia de credores tem função e é por esta limitado em seu exercício [8]. Não é sem motivo que, uma vez deferido o processamento do feito recuperacional, a deliberação sobre o plano de renegociação é coletiva.

Erasmus Valladão, comentando o texto do primitivo artigo 39, dá conta de que há um interesse comum dos credores, que os reúne em assembleia geral para que a sua deliberação seja una, e tal interesse coletivo consiste em, *"ao menos a médio prazo, minimizar seus prejuízos, mediante a ampliação das disponibilidades da massa"* [9].

Por isso, inviável ter o direito de voto na assembleia como afuncional, uma vez que este deve ser instrumental ao interesse comum da coletividade de credores, a saber, proporcionar um cenário de maior satisfação no menor prazo possível.

De outro lado, também o limite proposto pelo §6º não encaixa no sistema. Não há substância jurídica em, já tendo sido provado que o voto extrapolou os limites da boa-fé objetiva ou da sua função socioeconômica, exigir que a sociedade em recuperação judicial (ou o Ministério Público, ou outro credor) prove que disso ressaiu vantagem para o credor que agiu com abuso do seu direito.

Como esclarece Gabriel Buschinelli, é possível falar em "abuso positivo" e em "abuso negativo" do direito de voto na assembleia de credores. Na primeira categoria, o credor age para satisfazer interesse alheio à comunidade de credores (como eliminar um concorrente, por exemplo); na segunda, o credor atua de modo obstrutivo, isto é, apenas para impedir a satisfação do interesse coletivo [10].

Com efeito, ao exigir que haja "vantagem ilícita", o texto remetido do § 6º só abarca a primeira hipótese e, além disso, erige um ônus probatório adicional para a sociedade em recuperação judicial do qual sequer cogita o próprio regramento do abuso do direito estabelecido pelo artigo 187 do CC, que se satisfaz com a prova do excesso no exercício [11].

Igualmente, em razão do texto proposto, torna-se necessário concluir que o chamado "abuso negativo" não é normatizado pelo possível §6º, razão pela qual, caso sancionado, o voto abusivo por obstrução continuará a ser regulamentado nos termos e pelos motivos do artigo 187 do CC.

Porém, mais grave é perceber que, de regra, é o "abuso negativo" que mais facilmente se observa. Isto é, geralmente é pela percepção da ausência de proveito que se flagra a abusividade do voto proferido pelo credor, razão pela qual foi erigida no Direito estadunidense o *best interests of creditors test* [12], consistente em investigar se, ao votar pela rejeição do plano (e, assim, pela falência), o credor não está votando contra o próprio interesse que detém enquanto credor e colocando a si (e aos demais) em situação mais desvantajosa daquela em que estaria com a aprovação do plano.

Merece pontuação o fato de que, em julgamento não distante no tempo, o Tribunal de Justiça de São Paulo teve a oportunidade de, com esse acertado raciocínio, declarar abusivo (e, assim, nulo) o voto contrário ao plano proferido por credor num cenário em que a falência lhe seria claramente desfavorável, prejudicando a si e aos demais [13].

Por isso, fica claro que é duplamente desencaixado o possível §6º do artigo 39, uma vez que, de um lado, dá feição ineditamente afuncional ao direito de voto e, doutro, acresce requisito manifestamente desconectado da caracterização do abuso do direito.

Caso o texto venha a ser sancionado, caberá, com naturalidade, aos Tribunais Estaduais e ao Superior Tribunal de Justiça promover a difícil reconciliação do §6º do artigo 39 da LREF com o teor do artigo 187 do CC e, assim, interpretá-lo adequadamente, pois, como escreveu Carlos Maximiliano, *"interpretar uma expressão de direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão correta"* [14].

[1] Por todos, cito o monografista no tema: *"Situado na parte geral do Código Civil, o art. 187 é aplicável ao exercício de todas as posições jurídicas subjetivas e também ao exercício do direito de voto em qualquer deliberação"* (BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 63).

[2] Por semelhante modo, a questão foi objeto do Enunciado nº 45 da I Jornada de Direito Comercial: "*O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito*". Tal Enunciado, inclusive, já foi prestigiado por decisão do Superior Tribunal de Justiça: REsp nº 1.359.311/SP, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 9.9.2014.

[3] Cf.: GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 135-136.

[4] Cito: CORDEIRO, António Menezes. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2017, p. 898-901.

[5] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo VI. São Paulo: Borsoi, 1955, p. 80.

[6] Cf.: BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 169.

[7] MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 670.

[8] "*O direito de voto do credor é limitado pelos usos e costumes, pela função social e pela boa-fé*" (BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 64).

[9] FRANÇA, Erasmo Valladão Novaes e França. Assembleia-geral de credores na lei falimentar. In. \_\_\_\_\_. Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 21.

[10] Cf.: BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 107-164.

[11] Aliás, sempre foi a ausência de vantagem gerada ao sujeito que atua em detrimento de outrem um fator marcante para a análise da abusividade do exercício do direito. Pedro Baptista Martins, na obra clássica sobre o tema, relata o famoso caso que chegou ao Tribunal de Apelação de Amiens, em França, julgado em 1912, no qual foi declarado abusivo o uso da propriedade pelo sujeito que, vizinho de um hangar de dirigíveis, levantou duas torres, cada qual com duas lanças férreas, sem nenhum proveito para si; apenas para atrapalhar as manobras aéreas dos dirigíveis. É o multicitado julgamento Clement-Bayard (MARTINS, Pedro Baptista. O abuso do direito e o acto ilícito. Rio de Janeiro: Editora Renato Americano, 1935, p. 41).



[12] O *Best Interests Of Creditors Test* é previsto no Bankruptcy Code Section 1129(a)(7).

[13] Cito: TJSP: Agravo de Instrumento nº 2059653-35.2019.8.26.0000, Relator o Desembargador Grava Brazil, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 10.12.2019.

[14] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 10.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-dez-07/albuquerque-voto-abusivo-projeto-altera-lref/>