

Atualidades

A ASSEMBLÉIA-GERAL DE CREDORES NA NOVA LEI FALIMENTAR¹

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

1. A assembléia-geral de credores na Lei 11.101/2005. 2. Conceito: 2.1 Órgão de funcionamento facultativo – 2.2 Órgão hierarquicamente superior. 3. Função da assembléia. 4. Composição da assembléia. 5. Competência da assembléia. 6. Convocação da assembléia: 6.1 Competência para convocação – 6.2 Forma de convocação – 6.3 Edital de convocação – 6.4 Prazo para convocação. 7. Quórum de instalação em 1ª e 2ª convocações. 8. Quórum geral e quóruns especiais de deliberação. 9. Legitimação para participar da assembléia. 10. Procedimento: 10.1 Adiamento da assembléia. 11. Direito de voto: 11.1 Exclusão do direito de voto. Direito de voz – 11.2 Peso do voto – 11.3 O voto dos titulares de créditos com garantia real e de créditos derivados da legislação do trabalho. 12. Invalidez da assembléia-geral de credores: 12.1 Vícios da assembléia, vícios das deliberações e vícios do voto: 12.1.1 Vícios do voto: 12.1.1.1 Proibição de voto – 12.1.1.2 Conflito de interesses – 12.1.2 Vícios das deliberações: 12.1.2.1 A regra do § 2º do art. 39 da Lei 11.101 – 12.1.3 Vícios da assembléia – 12.2 Legitimação para agir: 12.2.1 Legitimação ativa – 12.2.2 Legitimação passiva – 12.3 Conseqüências da invalidação da assembléia e de suas deliberações – 12.4 Invalidez da assembléia e direitos de terceiros de boa-fé – 12.5 Regra especial para medidas cautelares ou de antecipação de tutela.

1. A assembléia-geral de credores na Lei 11.101/2005

A Lei 11.101, de 9.2.2005 (doravante, simplesmente Lei 11.101²), ao tempo em que tem por objetivo, na recuperação judicial, “viabilizar a superação da situação de

1. O autor esclarece que a matéria deste artigo está mais longamente desenvolvida nos comentários que elaborou aos arts. 35 a 46 da nova Lei Falimentar, em obra coletiva intitulada *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, coordenada por Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, publicada pela RT, 2005, pp. 187-216.

2. Os artigos de lei citados no presente artigo, salvo quando diversamente indicado, referem-se à Lei 11.101.

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” (art. 47), ou mesmo, na falência, “(...) preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa” (art. 75), restaurou, de forma aparentemente paradoxal, os poderes dos credores, cuja assembléia-geral decide, soberanamente, por exemplo, sobre a viabilidade da própria recuperação judicial do devedor³ – o que, como se sabe,

3. “Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores” – diz o § 4º do art. 56 –,

não ocorria com a concordata, cuja concessão pelo juiz independia totalmente do assentimento dos credores.⁴ A Lei 11.101, seguindo as modernas legislações falimentares dos diversos países, parece inspirada no assim chamado “princípio da autonomia dos credores”, segundo o qual os credores, como principais envolvidos na insolvência da empresa devedora, devem decidir sobre as mais relevantes questões ocorrentes no processo de recuperação ou falência.⁵

2. Conceito

A assembléia-geral de credores, na Lei 11.101, é o órgão⁶ que, na recuperação judicial e na falência, manifesta a *vontade coletiva* da comunhão de credores.⁷⁻⁸

“o juiz decretará a falência do devedor”. Ressalvase, apenas, a hipótese de *cram down*, prevista no art. 58, § 1º.

4. Fato que levou Waldemar Ferreira a chamá-la de “concordata fascista”, segundo nos relata Fábio Konder Comparato no seu notável e sempre atual *Aspectos Jurídicos da Macroempresa* (São Paulo, Ed. RT, 1970, p. 99).

5. Cf. Wilhelm Uhlenbruck, *Insolvenzordnung*, 12ª ed., Munique, Franz Wahlen, Munique, 2003, p. 1.248; Ulrich Ehrlicke, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Munique, C. H. Beck, 2001, pp. 1.622-1.623.

6. Órgão é o indivíduo, ou grupo de indivíduos, que age para o desenvolvimento de um *interesse comum ou coletivo* (cf. Carnelutti, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, vol. I, Pádua/Itália, CEDAM, 1936, p. 12, n. 3. V., outrossim, *Teoria Generale del Diritto*, 3ª ed., Roma/Itália, Società Editrice del Foro Italiano, 1951, pp. 11-12).

7. Comunhão que deve ser entendida como *comunhão de interesses*. De fato, os credores do devedor comum, embora *concorram* entre si, podem ter interesses *comuns*, por exemplo, na constituição do comitê de credores, para, entre outras coisas, fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial (art. 35, I, “b”, e II, “b”, c/c o art. 27, I), na nomeação do gestor judicial, quando o devedor for afastado da administração da empresa na recuperação judicial (art. 35, I, “e”), em modalidade mais adequada de realização do ativo (art. 35, II, “c”), etc.

8. A possibilidade da existência de órgãos também nas comunhões, e não apenas nas sociedades e associações, é admitida, em sede doutrinária, entre

2.1 Órgão de funcionamento facultativo

Tanto na recuperação judicial quanto na falência, a assembléia-geral de credores é órgão de funcionamento *facultativo*,⁹ que poderá nunca chegar a ser convocado.¹⁰

2.2 Órgão hierarquicamente superior

A assembléia-geral de credores é, outrossim, um órgão hierarquicamente superior, que, em princípio, constitui dois outros órgãos: o *comitê de credores*, na recuperação judicial e na falência,¹¹ escolhendo e substituindo seus membros (art. 35, I, “b”, e II, “b”), e o *gestor judicial*, na recuperação judicial (art. 35, I, “e”, c/c o art. 64). Mas a assembléia não tem preponderância hierárquica sobre o administrador judicial, que está subordinado exclusivamente ao juiz. Exatamente por isso, aliás, foram vetadas a alínea “c” do inciso I e a alínea “a” do inciso II do art. 35, que atribuíam à assembléia de credores o poder de substituir o administrador judicial – poder que compete unicamente ao magistrado. Mas, embora sem qualquer subordinação hierárquica, o próprio juiz estará adstrito a observar o resultado da deliberação assemblear, se tomada com observância das prescrições legais.¹²

outros, por jurista da mais alta expressão: v. Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milão/Itália, Giuffrè Editore, 1947, no verbete “Organi”, p. 153.

9. Hipóteses em que a assembléia-geral de credores funciona: arts. 26, c/c o art. 52, § 2º; 35; 52, § 4º; 56; 65 e § 2º; 72, *a contrario sensu*; 73, I; 99, XII; e 145.

10. Não havendo impugnação ao plano de recuperação judicial, esta será concedida independentemente da realização de assembléia-geral de credores (art. 56, *a contrario sensu*, c/c o art. 58).

11. Com exceção da hipótese prevista no § 2º do art. 26.

12. V., contudo, o já mencionado art. 58, § 1º, que autoriza o juiz a conceder a recuperação judicial mesmo em face de deliberação contrária da assembléia de credores, desde que preenchidos certos requisitos.

3. Função da assembléia

A assembléia-geral de credores exerce, como se disse, poder-função *deliberante* (art. 35, *caput*), mas sujeito ao que a doutrina denomina de *método assemblear*, com regular convocação etc. e observância do *contraditório* entre os participantes. A Lei 11.101, com efeito, exige a *presença* dos credores ou de seus representantes no conclave (art. 37, §§ 3^a-5^a), visando, assim, a propiciar regular *debate* sobre as matérias constantes da ordem-do-dia, não se admitindo, desse modo, o voto por correspondência, *e-mail*, telegrama etc.¹³

4. Composição da assembléia

A assembléia-geral de credores, *como regra*, compõe-se das seguintes classes de credores: (1) titulares de créditos decorrentes da legislação do trabalho ou da de acidentes do trabalho; (2) titulares de créditos com garantia real; e (3) titulares de créditos com privilégio especial, com privilégio geral, quirografários e subordinados (art. 41, I-III). Dissemos “como regra” porque, tendo em vista um cochilo do legislador, não foi alterado, concomitantemente, o art. 26, que prevê uma outra composição das classes de credores para eleição dos respectivos representantes no comitê de credores, a saber: (1) um representante da classe dos credores trabalhistas; (2) um representante da classe dos credores com direitos reais de garantia e com *privilégios especiais*; e (3) um representante da classe de credores com privilégios gerais e quirografários.

5. Competência da assembléia

À assembléia-geral de credores compete: (1) *na recuperação judicial*: (a) a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor; (b) a constituição do comitê de

credores, a escolha de seus membros e sua substituição; (c) a aprovação do pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4^a do art. 52; (d) a indicação do nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor; (e) a deliberação sobre qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores; (2) *na falência*: (a) a constituição do comitê de credores, a escolha de seus membros e sua substituição; (b) a adoção de outras modalidades de realização do ativo, na forma do art. 145; (c) a deliberação sobre qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.

6. Convocação da assembléia

A imprescindibilidade de convocação para a assembléia justifica-se em face de que a deliberação tomada pela maioria, simples ou qualificada, dos credores (art. 42) vincula mesmo os ausentes, de acordo com a regra subsidiariamente aplicável do art. 1.072, § 5^a, do CC – o que seria aberrante sem a convocação de todos.

6.1 Competência para convocação

A competência para convocação da assembléia é, única e exclusivamente, do juiz (art. 36, *caput*), seja *ex officio* (v.g., art. 99, XII), seja a requerimento dos credores (art. 36, § 2^a, c/c o art. 52, § 2^a), do comitê de credores (art. 27, I, “e”) ou do administrador judicial (art. 22, I, “g”).¹⁴

6.2 Forma de convocação

A forma de convocação se dá por meio de edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação nas localidades da sede e filiais, prevalecendo, aqui, a regra especial do art. 36, *caput*, em face daquela estabelecida no art. 191, *caput*, eis

13. O § 3^a do art. 37 é claríssimo: “Para participar da assembléia, cada credor deverá assinar a lista de presença (...)”.

14. A assembléia dos credores só se constitui como *órgão* se convocada pelo magistrado (Ehricke, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., p. 1.632).

que o intento do legislador é dar a mais ampla publicidade possível da realização da assembléia para os credores. Deve sempre ser observado, todavia, o mandamento contido no parágrafo único do art. 191.¹⁵ O aviso de convocação deve, outrossim, ser afixado de forma ostensiva na sede e filiais (art. 36, § 1º).

6.3 *Edital de convocação*

O edital de convocação deve conter, nos termos dos três incisos do *caput* do art. 36: (I) local,¹⁶ data e hora do conclave em 1ª e 2ª convocações, não podendo esta ser realizada menos de cinco dias depois da 1ª;¹⁷ (II) a ordem-do-dia, que deve especificar claramente as matérias que serão objeto de deliberação na assembléia, pois destina-se a cientificar previamente os credores do que será discutido no conclave, a fim de que possam refletir a respeito e não sejam tomados de surpresa; (III) local onde os credores poderão, se for o caso, obter cópia do plano de recuperação judicial a ser submetido à deliberação da assembléia.

6.4 *Prazo para convocação*

O prazo de 15 dias previsto para a convocação da assembléia-geral de credores é, a nosso ver, de direito *material*,¹⁸ e não de direito processual, sendo contado, assim, de acordo com a regra do art. 132, *caput*,

15. Art. 191, parágrafo único: "As publicações ordenadas nesta Lei conterão a epígrafe 'recuperação judicial de', 'recuperação extrajudicial de' ou 'falência de'".

16. A Lei 11.101 não contém determinação expressa a respeito, mas, em princípio, parece ser mais adequado que a assembléia se realize na sede do devedor, se o estabelecimento, obviamente, não tiver sido lacrado (art. 109) e comportar o número de credores que possa comparecer.

17. Diferentemente do que ocorre em assembléias societárias, portanto, e por motivos óbvios de serem evitadas despesas com publicações, o anúncio de convocação da assembléia de credores deverá indicar, *desde logo*, as datas de 1ª e 2ª convocação.

18. Não se trata, evidentemente, de ato que deva ser praticado pela parte, no processo, mas sim

do CC, excluído o dia do começo e computado o do vencimento (que poderá ser o da própria assembléia), sempre da primeira publicação do anúncio de convocação (art. 1.152, § 3º, do CC). O início do prazo, que flui continuamente, dá-se, outrossim, mesmo em domingos e feriados (exemplificativamente, se a publicação for feita no sábado, o prazo começa a correr no domingo), eis que regra diversa vige exclusivamente para os prazos processuais, por razões peculiares aos processos judiciais (inexistência de expediente forense naqueles dias). Não há impedimento, ademais, para que a assembléia se realize também em domingos e feriados¹⁹ – o que poderá até facilitar o comparecimento do maior número de credores.

7. *Quórum de instalação em 1ª e 2ª convocações*

A assembléia só se instala, em 1ª convocação, se houver mais da metade dos *créditos* de cada uma das classes de credores. Relembre-se que as classes de credores estão definidas no art. 41, I a III, mas, para constituição do comitê de credores, as classes previstas no art. 26, I a III, são diversas. Dessa forma, para instalação de assembléia convocada *exclusivamente* para a constituição do comitê prevalece a regra especial do art. 26. Em 2ª convocação a assembléia se instala com qualquer número de credores presentes. Não são considerados, para fins do quórum de instalação, os credores mencionados nos arts. 39, § 1º, e 43 e seu parágrafo único.

8. *Quórum geral e quóruns especiais de deliberação*

A regra geral relativa ao quórum de deliberação é a constante da primeira parte

de realização de conclave que deliberará sobre matéria respeitante ao interesse dos credores.

19. Cf. Wilson de Souza Campos Batalha, *Comentários à Lei das S/A*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 598, item 4.

do art. 42: considera-se aprovada a proposta que obtiver votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia-geral.²⁰ De acordo com a regra geral, portanto, não se computam os créditos de acordo com cada classe, como ocorre com o quórum de *instalação* (v. art. 37, § 2º). Há, porém, as hipóteses de quórum *especial* de deliberação, constantes dos arts. 45 (votação por classe), 26, c/c o art. 44 (votação por classe), e 46, c/c o art. 145 (votação pelo valor dos créditos presentes, independentemente de classe). Não são considerados, para fins do quórum de deliberação, os credores mencionados nos arts. 39, § 1º, 43 e parágrafo único e 45, § 3º.

9. Legitimação para participar da assembléia

A assembléia-geral de credores, como o próprio nome está a dizer, é uma assembléia de credores – e, portanto, somente estão legitimados a dela participar, em princípio, os credores do falido ou do devedor em recuperação judicial, além do administrador judicial, que normalmente a preside (art. 37 e § 1º), e do devedor (§ 7º do art. 37). Mesmo as pessoas arroladas no art. 43 e seu parágrafo único – registre-se desde logo – somente poderão comparecer à assembléia desde que sejam, concomitantemente, *credoras* do devedor. Com efeito, seria um absurdo que a lei assegurasse a participação em uma assembléia de credores, por exemplo, de centenas de acionistas de uma sociedade anônima, só pelo fato de serem sócios da devedora. O disposto no art. 163, § 3º, II, confirma essa interpretação. Ali se diz: “Não serão computados os créditos detidos pelas pessoas relacionadas no art. 43 deste artigo” (*sic*: deveria

ser “desta Lei”). Tal exegese é confirmada, outrossim, pela própria exclusão formal das pessoas mencionadas no aludido art. 43 *do direito de voto* (só credor tem voto em assembléia de credores), em razão da suspeição decorrente da proximidade das mesmas com o devedor. Podem participar da assembléia, todavia, os mandatários e representantes legais dos credores,²¹ desde que entreguem ao administrador judicial, até 24 horas antes da data prevista no aviso de convocação, documento hábil que comprove seus poderes ou a indicação das folhas dos autos do processo em que o mesmo se encontre (art. 37, § 4º²²; sindicatos (art. 37, § 5º; e desde que observado o disposto no § 6º); e advogados, que podem estar acompanhando o cliente mesmo sem mandato (art. 7º, VI, “d”, do Estatuto da Advocacia – Lei 8.906/1994). Entende-se, outrossim, que o juiz pode autorizar a participação de outros *interessados*, como, por exemplo, um membro da comissão de credores que, eventualmente, não seja, ele mesmo, um credor, etc.²³

10. Procedimento

A assembléia, como se disse, será presidida (art. 37), salvo hipótese de incompatibilidade (art. 37, § 1º²⁴), pelo adminis-

21. Com poderes para transigir ou renunciar, se isso for necessário (na aprovação do plano de recuperação judicial, por exemplo, a transigência será praticamente inevitável, não podendo o voto ser exercido, assim, por mandatário com poderes gerais – art. 661, § 1º, do CC – ou simplesmente *ad judicium* – art. 692 do CC, c/c os arts. 38 do CPC e 5º, § 2º, do Estatuto da Advocacia – Lei 8.906/1994).

22. A *mens legis* é perfeitamente clara: evitar que o administrador judicial, no dia do conclave, fique a conferir, antes da assinatura da lista de presença, contratos sociais, atas de assembléias, atas de conselhos de administração, estatutos de associações e fundações etc., ou as folhas do processo, para verificar se o indivíduo que ali comparece tem poderes para representar o credor.

23. Ehrlicke, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., p. 1.635.

24. Segundo Carvalho de Mendonça, incompatibiliza-se para presidir uma assembléia “aquele que tiver interesse pessoal, direto, na deliberação”

20. Ou seja, constantes da lista de presença, “que será encerrada no momento da instalação” (art. 37, § 3º), com o claro fito de evitar que a todo momento seja necessário verificar o quórum deliberativo.

trador judicial, que designará um secretário, dentre os credores presentes, para auxiliá-lo em suas tarefas. O presidente dirigirá os trabalhos da assembléia, que normalmente (i) se inicia pela leitura da ordem-do-dia, (ii) prossegue com a discussão e votação de cada uma das matérias constantes da ordem do dia e (iii) se encerra com a proclamação das deliberações tomadas e a lavratura da ata.²⁵ Ao presidente competirá verificar a legitimação dos credores, antes que assinem a lista de presença. Para facilitar o cômputo do quórum, será conveniente que, ao lado da assinatura de cada credor, conste o valor de seu(s) crédito(s), de acordo com a respectiva classificação (atendendo-se também ao disposto no art. 41, § 2º). Como o quórum de instalação das assembléias é sempre calculado por classe de credores (v. § 2º do art. 37 c/c os arts. 41 ou 26, *caput*, I-III), parece-nos inevitável que o secretário da assembléia elabore relações de credores em separado, de acordo com a classe respectiva, para evitar confusão no momento da apuração. Pelo mesmo motivo, devem ser segregados em relação separada aqueles credores cujos créditos não são considerados para fins do cálculo do quórum de instalação ou deliberação (arts. 39, § 1º, 43 e seu parágrafo único e 45, § 3º). Encerrada a assinatura da lista e verificado o quórum de instalação (§ 2º do art. 37, c/c os arts. 41 ou 26, *caput*, I-III), o presidente declarará instalada a assembléia e dará início aos trabalhos. Em princípio, deve ser seguida a ordem das matérias constantes do anúncio de convocação, debatendo-se e votando-se cada uma delas; mas nada impede que, se uma deliberação não depender da votação prévia de outra, e se disso não resultar pre-

juízo aos participantes, seja a ordem invertida. Ao presidente do conclave competirá manter a ordem no recinto, tendo autoridade, inclusive, para dele expulsar quem praticar atos que “puderem ser caracterizados como crimes ou contravenções, ou atentarem contra o decoro, inclusive por motivos de embriaguez ou manifesta insanidade mental”, mas não por excessos verbais ou pela apresentação de protestos veementes, eis que tais desbordamentos são naturais quando há dissídio no conclave.²⁶

10.1 Adiamento da assembléia

Pode ser que haja necessidade de adiamento da assembléia se, por qualquer motivo, os trabalhos não puderem ser encerrados no mesmo dia. O problema que surge, então, é o seguinte: haveria necessidade de publicação de nova convocação, mesmo que a assembléia já delibere sobre a data da continuação?²⁷ A doutrina do direito societário diverge a esse respeito, mas parece-nos que, em face das características de uma assembléia-geral de credores, realizada na pendência de um processo de recuperação ou falimentar, cuja celeridade é determinada pela própria lei (parágrafo único do art. 75), tudo acrescido da circunstância de normalmente não se poder dispor de dinheiro suficiente para gastar em publicações, a solução teria que ser casuística. Imagine-se que os trabalhos da assembléia se estendam até tarde da noite. Por que razão não poderia ela deliberar sua continua-

26. Cf. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 616.

27. Pontes de Miranda, sob a égide da Lei de Falências anterior (Decreto-lei 7.661/1945), sustentava ser desnecessária nova convocação, argumentando com o art. 270 do CPC de 1939, que autorizava o juiz a adiar a audiência, marcando nova data “independentemente de novas intimações” (*Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., t. 29, São Paulo, Ed. RT, 1984, § 3.431, n. 3, p. 322). Em face da Lei 11.101, todavia, essa opinião não mais prevalece, eis que não é o juiz, mas sim o administrador judicial, que agora preside a assembléia.

(*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 4ª ed., vol. IV, Rio de Janeiro/São Paulo, Freitas Bastos, p. 26).

25. Que conterá o nome dos presentes e as assinaturas do presidente, do devedor e de dois membros de cada uma das classes votantes, e deverá ser entregue ao juiz, juntamente com a lista de presença, no prazo de 48 horas (§ 7º do art. 37).

ção no dia imediato, economizando-se, assim, tempo e dinheiro? Até seria recomendável que, prevendo uma tal possibilidade, tratando-se de uma assembléia com numerosos credores, conste da própria convocação que, não sendo possível encerrar os trabalhos no mesmo dia, a assembléia prosseguirá no dia subsequente ou daí a alguns dias, conforme deliberar a própria assembléia, independentemente de nova convocação.²⁸

11. Direito de voto

Nos termos do art. 39, *caput*, conforme a fase em que estiver o processo, terão direito de voto, respectivamente, os credores constantes da primeira relação de credores (art. 52, § 1º, II e art. 99, parágrafo único, *c/c* o art. 107); da segunda relação (art. 7º, § 2º), que, se não impugnada, valerá como quadro geral de credores (art. 14); ou da última relação, que constitui a consolidação do quadro geral de credores (art. 18). Também terão direito de voto, de acordo com o mesmo dispositivo (art. 39, *caput*), os credores que estiverem habilitados, ou que tiverem créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, por ocasião da realização da assembléia. Com efeito, permite o parágrafo único do art. 17 que, na hipótese de ter sido rejeitada sua habilitação ou impugnação pelo juiz, pleiteie o credor recorrente ao relator do recurso – que é o de agravo (cf. art. 17) – seja determinada a inscrição ou modificação do valor ou classificação do seu crédito, “para fins de exercício de voto em assembléia-geral” (parágrafo único do art. 17). Concedida antecipadamente a tutela recursal nessa hipótese, portanto, o credor poderá exercer o direito de voto no conclave. Também os credores de quantia ilíquida, desde que tenham obtido reservas (§ 1º, *c/c* § 3º, do art. 6º), poderão participar da assembléia,

sendo seu voto computado, naturalmente, pelo valor estimado pelo juiz (§ 3º do art. 6º). Terão direito de voto, por fim, os titulares de créditos retardatários *derivados da relação de trabalho* (§§ 1º e 2º do art. 10).

11.1 Exclusão do direito de voto. Direito de voz

Na recuperação judicial, com exceção dos titulares de créditos derivados da relação de trabalho, não têm direito de voto os credores retardatários (§ 1º do art. 10). O mesmo ocorre na falência, salvo se, na data da realização da assembléia-geral, já houver sido homologado o quadro geral de credores contendo o crédito retardatário (§ 2º do art. 10). Os credores retardatários não terão direito de voto ainda que tenham obtido reserva de bens: “Terão direito a voto na assembléia-geral as pessoas (...) que tenham obtido reserva de importâncias, *observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei*” (art. 39, *in fine*). Também estão excluídos da votação os credores mencionados nos arts. 39, § 1º, 43 e parágrafo único e 45, § 3º. Aos credores excluídos da votação, porém, a lei concede *direito de voz* (isto é, de participar da *discussão* das matérias submetidas a deliberação).

11.2 Peso do voto

Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial – e somente nessa hipótese – a proposta deverá ser aprovada, na classe dos titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho (art. 41, I), pela maioria simples dos credores presentes, ou seja, *por cabeça (one man, one vote)*, independentemente do valor de seu crédito (§ 2º do art. 45). Nas demais deliberações, de acordo com o art. 38, o voto será *proporcional ao valor do crédito*. No tocante aos créditos em moeda estrangeira, e para fins exclusivos de votação em assembléia-geral, dispõe o parágrafo único do art. 38 que o crédito será convertido para a moeda nacio-

28. Na Lei Falimentar alemã a dispensa de convocação em caso de adiamento do conclave é expressa (§ 74, 2, da *Insolvenzordnung*).

nal pelo câmbio da véspera da data de realização da assembléia. Como se sabe, porém, a moeda estrangeira tem um valor de venda e um valor de compra. Entendemos que o câmbio deverá ser calculado – salvo diversa estipulação no contrato – pelo *valor de venda*, que é o valor, afinal, que servirá para saldar a dívida. Na falência, por sua vez, a conversão se faz pelo câmbio da data da decisão que a decretar, “para todos os efeitos desta Lei” (art. 77).

11.3 O voto dos titulares de créditos com garantia real e de créditos derivados da legislação do trabalho

Conforme se viu mais acima, a assembléia-geral dos credores, segundo a regra geral prevista no art. 41 e seus incisos, compõe-se das seguintes classes: (1) titulares de créditos decorrentes da legislação do trabalho ou da de acidentes do trabalho; (2) titulares de créditos com garantia real; e (III) titulares de créditos com privilégio especial, com privilégio geral, quirografários e subordinados. Quando há votação por classe (v. acima, quóruns de instalação e deliberação), os titulares de créditos com garantia real, todavia, votam com a classe respectiva *somente até o limite do bem gravado* (pressupõe-se que pelo valor constante da escritura de hipoteca; ou do contrato de penhor, se houver, eventualmente corrigido até a data do pedido de recuperação judicial ou falência – assim como ocorre com o valor dos créditos, cf. art. 9º, II; ou, em caso de já ter sido alienado o bem, pelo valor de venda, na forma do § 1º do art. 83; ou, em última hipótese, na falência, pelo valor da avaliação feita pelo administrador judicial, cf. art. 23, III, “g”); pelo restante do valor dos seus créditos, *votam eles com a classe dos quirografários* (§ 2º do art. 41). Já os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho votam exclusivamente com a classe respectiva, muito embora seus créditos só sejam assim classificados até o limite de 150 salários mínimos (art. 83, I), sendo no restante classificados como quirografários (art. 83, VI, “c”).

12. Invalidez da assembléia-geral de credores

Como tudo o que diz respeito à problemática questão da invalidez da assembléia e suas deliberações, a imprevidência do legislador brasileiro segue sendo exemplar. Não há uma disciplina geral das invalidades relativas à assembléia-geral de credores, cuidando a lei apenas de uma hipótese especial no § 2º do art. 39 e aludindo à “invalidação de deliberação de assembléia” no § 3º do mesmo artigo. Só. Como também não há regulação da matéria seja na parte geral, seja na infeliz parte societária do Código Civil de 2002, que deve ser aplicado subsidiariamente, as dificuldades trazidas ao intérprete são quase intransponíveis.

12.1 Vícios da assembléia, vícios das deliberações e vícios do voto

Há que distinguir, nessa matéria, três diferentes espécies de vício, com conseqüências também diversas: (1) *vícios da própria assembléia* – que pode ter sido irregularmente convocada ou instalada, hipótese em que sua invalidação trará como conseqüência, obviamente, a invalidade de *todas as deliberações* que nela forem tomadas; (2) *vícios das deliberações* – nessa hipótese, o vício de uma das deliberações não se estende às demais, que não sejam viciadas; (3) *vícios do voto* – nessa hipótese, o vício do voto só acarretará o vício de determinada deliberação se o voto foi decisivo para formação da maioria; se não, será irrelevante, só atingindo o próprio voto viciado.²⁹ São completamente diversos, pois, os vícios em questão.

12.1.1 Vícios do voto

O voto é *declaração de vontade*, aplicando-se-lhe normalmente a disciplina dos

29. Essa verificação é que se denomina, na doutrina, de “prova de resistência” da deliberação

negócios jurídicos, prevista no Livro III, Título I, do Código Civil. Poderá, assim, ser invalidado em virtude de nulidade (arts. 166 e 167 do CC) ou de anulabilidade (art. 171 do CC). A invalidade do voto, todavia – reitere-se –, somente acarretará a invalidade da deliberação da assembléia se for determinante para a formação da maioria.

12.1.1.1 *Proibição de voto* – As hipóteses de proibição de voto obedecem, normalmente, a dois princípios. O primeiro deles consiste na vedação do “negócio consigo mesmo” (exemplos: o credor não pode votar na deliberação sobre um negócio a ser realizado entre ele e o devedor ou a massa; sobre sua exoneração de uma dívida para com o devedor ou a massa, ou de sua responsabilidade perante o devedor ou a massa). O segundo princípio é expresso pela parêntese *nemo iudex in causa propria*, pois a ninguém é dado julgar os próprios atos (exemplo: o credor não poderia votar na deliberação sobre sua destituição da condição de membro do comitê de credores).³⁰ O Código Civil, lei subsidiária, contém norma geral de proibição de voto no art. 1.074, § 2^a (“Nenhum sócio, por si ou na condição de mandatário, pode votar matéria que lhe diga respeito diretamente”) e norma especial no art. 1.078, § 2^a (proibição de os administradores e conselheiros fiscais aprovarem as contas da administração). Se o voto for decisivo para a formação da maioria, a violação da proibição importará nulidade do voto proferido (art. 166, VII, do CC) e, por conseqüência, a invalidade da deliberação.

12.1.1.2 *Conflito de interesses* – Uma das hipóteses mais comuns de vício do voto é o voto proferido em conflito de interes-

ses. Sucede que, em franco descompasso com a Lei das S/A (art. 115, § 4^o), o Código Civil, subsidiariamente aplicável à Lei 11.101, não prevê a anulação das deliberações tomadas em decorrência de voto conflitante. Nos dois dispositivos em que cuida de conflito de interesses a sanção estabelecida na lei civil é apenas a da responsabilidade por perdas e danos (art. 1.010, § 3^a – aplicável às deliberações de assembléia por força do disposto no art. 1.072, *caput* – e art. 1.017, parágrafo único).³¹ A Lei 11.101, infelizmente, não trata da matéria. E não faltarão hipóteses em que o interesse individual de determinado credor poderá ser substancialmente conflitante com o interesse comum dos credores, o que, em bom Direito, exigiria a anulação da deliberação. Não é fácil, entretanto, conceituar o que seja o interesse comum dos credores. Segundo uma autorizada opinião doutrinária, tal interesse consistiria no interesse que tem cada credor em, ao menos a médio prazo, minimizar seus prejuízos, mediante a ampliação das disponibilidades da massa.³² Outras manifestações doutrinárias e jurisprudenciais têm considerado contrárias ao interesse comum dos credores as deliberações: (1) que causam prejuízo desproporcional, inadequado, para uma parte dos credores; (2) que favorecem um credor em particular, ou um grupo de credores, especialmente os credores privilegiados ou com garantia real, ou ainda terceiros, em detrimento da comunhão dos credores; (3) que não são úteis a ninguém; (4) que favorecem o devedor ou um ter-

31. Essa também era a sanção prevista nos arts. 95 e 120, parágrafo único, da anterior Lei das S/A (Decreto-lei 2.627/1940). Sobre o tema, v. o nosso *Conflito de Interesses nas Assembléias de S/A*, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, pp. 74-75.

32. Ehrlicke, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., p. 1.691 – esclarecendo que o componente temporal “a médio prazo”, nessa conceituação, visa a conciliar os interesses dos credores que podem esperar até que os bens da massa sejam alienados a preço mais conveniente com os de outros que têm necessidade da mais rápida realização do ativo.

(cf. o nosso *Invalidez das Deliberações de Assembléias das S/A*, São Paulo, Malheiros Editores, 1999, p. 85, nota 45).

30. Sobre essa matéria de proibição de voto, cf. Uhlenbruck (*Insolvenzordnung*, cit., 12^a ed., pp. 1.268 e 1.272) e Ehrlicke (*Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., p. 1.679).

ceiro sem qualquer vantagem para a massa.³³ Como hipóteses concretas de conflito de interesses podem ser imaginadas, por exemplo, a de uma credora, indústria automobilística, que vote contrariamente à aprovação do plano de recuperação judicial por estar interessada na falência do devedor, seu concessionário, a fim de passar a concessão a outrem; ou da credora interessada na falência de seu agente ou distribuidor (art. 710 do CC), igualmente para transferir a outrem a agência ou a distribuição de seus produtos; ou ainda, da credora que tenha interesse na falência de seu devedor simplesmente por ser sua concorrente.

12.1.2 Vícios das deliberações

A deliberação de assembléia é manifestação de vontade coletiva à qual não se aplica inteiramente a disciplina das invalidades, prevista nos arts. 166 e ss. do CC. Com efeito, não se anula uma deliberação por erro ou por dolo, exemplificativamente. Anula-se o voto viciado. Se ele foi determinante para a formação da maioria deliberante, anula-se a deliberação não porque seja ela contaminada pelo erro ou pelo dolo, mas sim *por violação às regras cogentes dos arts. 42, 45 e 46 da Lei 11.101*, que exigem aprovação das propostas por maioria. Anulado o voto decisivo, *cai a maioria*. A disciplina da invalidade das deliberações, assim, encontra correspondência no *princípio da legalidade*: as deliberações contrárias à lei podem ser invalidadas. A sanção para as deliberações inválidas, em regra, é a *anulabilidade*.³⁴ Qual o prazo

para requerer a anulação das deliberações? Veja-se a imprevidência do legislador. Deve-se recorrer ao disposto no art. 179 do CC, lei subsidiariamente aplicável: “Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato”. O prazo é de *decadência* (art. 178, *caput, c/c* o art. 179, do CC). Tal prazo, de dois anos, como já tivemos oportunidade de observar com relação às deliberações societárias,³⁵ está em aberta dessintonia com a maioria das legislações contemporâneas, e é, por idênticas razões – a necessidade de *estabilidade* das deliberações assembleares –, absurdamente longo para requerer a anulação das deliberações das assembléias de credores. Deveria ser de 30 ou 60 dias, no máximo.

12.1.2.1 *A regra do § 2º do art. 39 da Lei 11.101* – O § 2º do art. 39 dispõe que “as deliberações da assembléia-geral não serão invalidadas em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos”. O que se deve entender com isso é que as deliberações da assembléia-geral não serão invalidadas *pelo só fato* de ocorrer uma decisão judicial posterior acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos. O que não quer dizer que, verificada posteriormente, por decisão judicial, a existência, por exemplo, de um crédito

validade da assembléia de credores é tratada de forma diferente. Na Lei Falimentar alemã, por exemplo, a assembléia só se invalida por vício de nulidade absoluta, não se concedendo a anulabilidade (cf. Ehrliche, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., p. 1.664), mas tão-somente a revogação (*Aufhebung*), que deve ser requerida de imediato ao juiz que preside a assembléia, na hipótese de deliberação contrária ao interesse comum dos credores (§ 78, I, da *Insolvenzordnung*).

35. Cf. nosso *Invalidez das Deliberações de Assembléias das S/A*, cit., p. 69, nota 7. Recentemente, v. o estudo que publicamos na *RDM* 134/12, sob o título “Lineamentos da reforma societária do Direito Italiano em matéria de invalidade das deliberações assembleares”, especialmente p. 13, nota 3.

33. Uhlenbruck, *Insolvenzordnung*, cit., 12ª ed., p. 1.284.

34. O que não impede possam ocorrer deliberações nulas, como a que atente contra a ordem pública ou os bons costumes, aprovando medidas que constituam fraude ao direito de credores, por exemplo (art. 166, II, do CC), ou ineficazes. Sobre as hipóteses de nulidade das deliberações das assembléias das companhias, v. nosso *Invalidez das Deliberações de Assembléias das S/A*, cit., pp. 97-111; sobre as de ineficácia, v. pp. 111-113. Esclareça-se, todavia, que, nas diversas legislações, a questão da in-

forjado, que tenha sido determinante para a deliberação de aprovação de uma recuperação judicial absolutamente inviável, com a nomeação de um gestor judicial conluiado com o devedor etc., não possam os interessados requerer a anulação da deliberação.

12.1.3 Vícios da assembléia

Fiquemos naqueles que acarretam a invalidade da própria assembléia: irregularidade da convocação ou instalação. A assembléia é convocada, por exemplo, com prazo inferior ao da Lei 11.101 (art. 36). Qual o vício que a afetará: nulidade ou anulabilidade? Veja-se, aí, novamente, a imprevidência e insensibilidade do legislador falimentar. O Código Civil, lei supletiva, não contém, inexplicavelmente, uma regra como a do art. 286 da Lei das S/A, que prevê, às expressas, para a hipótese de convocação ou instalação irregular, a anulabilidade. E o art. 166, V, do CC diz ser nulo o negócio jurídico quando “for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade”. Talvez se possa argumentar que a solenidade se deu, embora de forma irregular, e que, tal como no regime das deliberações, a violação da lei não acarreta a nulidade, mas somente a anulabilidade, como o está a demonstrar o art. 286 da Lei das S/A. Pois do contrário, sendo certo que a nulidade não convalesce (art. 169 do CC), corre-se o risco de a recuperação judicial ou a falência serem encerradas por sentença (arts. 63 e 156 da Lei 11.101) e, anos após, instaurar-se uma pendência sobre a convocação ou instalação de uma assembléia de credores...

12.2 Legitimação para agir

12.2.1 Legitimação ativa

Salvo eventual hipótese de nulidade, a legitimação para anular a assembléia ou suas deliberações compete, em princípio, ao credor que votou contrariamente, ou àquele que se absteve de votar no conclave, seja

declaradamente, seja por estar ausente, ou ao credor sem direito de voto, se lhe foi negado o direito de participar do conclave ou da discussão que nele se travou (arts. 39, § 1º, 43 e 45, § 3º, da Lei 11.101). O Ministério Público, ocorrendo eventual hipótese de nulidade absoluta, também está legitimado a propor a ação, o mesmo se podendo dizer do administrador judicial (art. 168 do CC).

12.2.2 Legitimação passiva

A legitimada passiva para as ações relativas à invalidade da assembléia e suas deliberações na falência é a *coletividade dos credores* (massa falida subjetiva), representada pelo administrador judicial (art. 22, III, “c” e “n”, da Lei 11.101). Mas e na recuperação judicial, de quem é a legitimação passiva? Eis outro grave problema deixado sem solução expressa pelo legislador. Na recuperação judicial a comunhão dos credores não tem um órgão que a represente, como na falência. Estão previstos apenas órgãos deliberativos (assembléia e comitê de credores – cf. arts. 35 e 26, respectivamente) e um órgão excepcional (o gestor judicial – cf. art. 35, I, “e”, c/c o art. 65). É problemático sustentar que, por analogia, o administrador judicial representaria, também aqui, aquela coletividade; mas, a não ser assim, deverão ser citados *todos* os credores, indistintamente, para a ação de anulação (inclusive os ausentes, que poderão, mesmo assim, ter interesse na manutenção das deliberações). Ademais, no caso de anulação de deliberações que tenham aprovado o plano de recuperação ou o pedido de desistência do devedor (arts. 35, I, “a” e “d”), deverá este, obviamente, figurar como litisconsorte passivo necessário (art. 47 do CPC).

12.3 Conseqüências da invalidação da assembléia e de suas deliberações

Há que distinguir entre as deliberações de assembléia e os atos com base nela praticados. A anulação das deliberações não

acarreta automaticamente a daqueles atos (e o art. 39, § 3º, comentado mais adiante, indiretamente o demonstra). Se foi praticado um ato com base na deliberação, deve-se requerer *também* a anulação do ato. Isso traz o grave problema de se saber qual o meio adequado para atacar a sentença que concedeu a recuperação judicial ou decretou a falência com base em deliberação viciada da assembléia de credores (arts. 58 e 56, § 4º, respectivamente). Parece-nos que tal sentença tem natureza homologatória da vontade coletiva dos credores,³⁶ podendo ser objeto de anulação como os atos jurídicos em geral, nos termos do art. 486 do CPC.

12.4 Invalidade da assembléia e direitos de terceiros de boa-fé

O § 3º do art. 39, em consonância com as mais modernas concepções a respeito dos efeitos da invalidade das deliberações assembleares perante terceiros, determina que, “no caso de posterior invalidação de deliberação da assembléia, ficam resguardados os direitos de terceiros de boa-fé, respondendo os credores que aprovarem a deliberação pelos prejuízos comprovados causados por dolo ou culpa”. Assim, pre-

36. Os artigos mencionados dispõem, imperativamente: “Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz *concederá* a recuperação judicial do devedor cujo plano (...) tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei” (o juiz, portanto, após uma verificação dos aspectos formais, fica adstrito a conceder a recuperação); art. 56, § 4º. “Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores, o juiz *decretará* a falência do devedor”. E, ainda, determina também imperativamente o art. 73, I: “Art. 73. O juiz *decretará* a falência durante o processo de recuperação judicial: I – *por deliberação da assembléia-geral de credores*, na forma do art. 42 desta Lei”. Observe-se, por fim, que o art. 59, § 1º, classifica a decisão que conceder a recuperação como título judicial, “nos termos do art. 584, inciso III, do *caput* da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil”, ou seja, como “sentença homologatória de conciliação ou transação (...)” (art. 584, III, cit.).

vista no plano de recuperação judicial, por exemplo, a venda de maquinário de propriedade do devedor, a anulação da deliberação de aprovação do plano não acarretará a invalidação da compra daquele maquinário efetuada de boa-fé por terceiro.

12.5 Regra especial para medidas cautelares ou de antecipação de tutela

Assim dispõe o art. 40: “Não será deferido provimento liminar, de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela, para a suspensão ou adiamento da assembléia-geral de credores em razão de pendência de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de créditos”. Esse artigo tem sido *injustamente* apodado de inconstitucional, em razão de suposta violação ao art. 5º, XXXV, da Carta Magna (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). “Injustamente” porque a Lei 11.101 *assegura aos credores* – na hipótese de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de créditos – *a participação na assembléia*. Com efeito, se o juiz deixa de reconhecer um crédito, ou o quantifica abaixo do valor pretendido pelo credor, ou ordena sua classificação em outra classe, o credor poderá agravar, prevenido o parágrafo único do art. 17 que, “recebido o agravo, o relator poderá conceder efeito suspensivo à decisão que reconhece o crédito ou determinar a inscrição ou modificação do seu valor ou classificação no quadro geral de credores, *para fins de exercício de direito de voto em assembléia-geral*”. Assegurada ficará, assim, a participação do credor no conclave.³⁷ O que a Lei

37. Nessa mesma linha, poderá aquele cujo crédito não foi admitido, outrossim, pleitear provimento cautelar ou antecipatório que lhe permita *impugnar o plano de recuperação* (art. 55: “Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação ...”) – ato lógica e necessariamente antecedente, sem o qual não haverá nem sequer assembléia (art. 56, *caput*, c/c o art. 58, *caput*).

11.101 salutarmente proíbe é que, em razão de discussão acerca de crédito, venha a ser ordenada a *suspensão* ou o *adiamento* da assembléia – medidas que não fariam sentido algum se, por outro meio, já se possibilita que o credor participe da mesma. Assim como o credor impugnante de crédito poderá, por exemplo, em caso de re-

jeição da impugnação, solicitar ao tribunal que dê efeito suspensivo ao agravo da decisão que reconhecer o crédito (parágrafo único do art. 17), impedindo, assim, o voto do credor impugnado na assembléia, sem necessidade de suspender ou adiar o conclave. Não tem o artigo em questão, assim, qualquer eiva de inconstitucionalidade.