

Seção IV Da Assembléia-Geral de Credores

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

A seção IV, do Capítulo II, da Lei 11.101/2005 (doravante apenas Lei 11.101) cuida da Assembléia-Geral de Credores, tema em relação ao qual é indispensável o recurso ao direito societário, por ser este o ramo do direito privado em que, reconhecidamente, o estudo das questões referentes à assembléia e suas deliberações teve maior aprofundamento. Daí as referências que, durante os comentários, faremos às disposições pertinentes do Código Civil e da Lei de S/A, bem como à literatura especializada na matéria.

105. A Assembléia-Geral de Credores na Lei 11.101

A Lei 11.101, ao tempo em que tem por objetivo, na recuperação judicial, “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” (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 devedor¹²⁵ – o que, como se sabe, não ocorria com a concordata, cuja concessão pelo juiz independia totalmente do assentimento dos credores.¹²⁶ 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

* O autor agradece as críticas e sugestões feitas pelo amigo de todas as horas, Dr. Edmur de Andrade Nunes Pereira Neto, sobretudo acerca das hipóteses de conflito de interesses, e pelos também prezados amigos, Drs. Cândido Rangel Dinamarco, José Alexandre Tavares Guerreiro e José Rogério Cruz e Tucci. Agradece especialmente, outrossim, as críticas e sugestões de seu amigo, orientando e constante interlocutor, Dr. Marcelo Vieira von Adamek, notadamente sobre a interpretação dos arts. 36, *caput*, 39, § 2.º, e 43, e, sobretudo, o incentivo para escrever estes comentários. Agradece, por fim, as contribuições de seus orientandos Patrícia Barbi Costa, advogada militante na área falimentar, e Evandro Fernandes Pontes. Os erros e as omissões, todavia, são de responsabilidade exclusiva do autor.

¹²⁵ “Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores”, diz o § 4.º do art. 56, “o juiz decretará a falência do devedor”. Ressalva-se, apenas, a hipótese de *cram down* prevista no art. 58, § 1.º.

¹²⁶ Fato que levou Waldemar Ferreira a chamá-la de “concordata fascista”, segundo nos relata Comparato, no seu saboroso e sempre atual *Aspectos jurídicos da macro-empresa* (COMPARATO, Fábio Konder, p. 99).

devedora, devem decidir sobre as mais relevantes questões ocorrentes no processo de recuperação ou falência.¹²⁷

106. A Assembléia é órgão da comunhão de credores

A idéia de órgão está vinculada à de *interesse comum* ou *coletivo* – interesse que explica, segundo Carnelutti, não somente a *formação* de qualquer grupo social, mas também a sua *organização*, mais ou menos complexa, segundo o grupo de que se trata. Órgão, para o mestre, é uma decorrência lógica do conceito de interesse coletivo – é o indivíduo, ou indivíduos, enquanto agem para o desenvolvimento deste interesse, ou seja, enquanto cumprem uma *função* do grupo.¹²⁸ A Assembléia-Geral de Credores, nessa perspectiva, é órgão, eis que preordenada pela Lei 11.101 para agir em favor do desenvolvimento do interesse coletivo da *comunhão de credores*¹²⁹ – esta é a função que a lei lhe comete. O interesse individual dos credores, tutelado no procedimento concursal, é o recebimento de seus créditos, em regra de acordo com o princípio da

¹²⁷ Cf. UHLENBRUCK, Wilhelm. *Insolvenzordnung*, § 74, n. 1, p. 1.248; EHRICKE, Ulrich, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, § 74, n. 3, p. 1.622/1.623.

¹²⁸ *Sistema di diritto processuale civile*, I, p. 12, n. 3. V., outrossim, *Teoria generale del diritto*, p. 11-12.

¹²⁹ A possibilidade da existência de órgãos também nas comunhões, e não apenas nas sociedades e associações, é admitida, em sede doutrinária, entre outros, por jurista da mais alta expressão: v. ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*, no verbete *Organi*, p. 153. Advirta-se, contudo, que a natureza jurídica da coletividade dos credores, na falência – a chamada “massa falida subjetiva” –, é questão de veras controversada. Há quem diga, com base na doutrina francesa mais antiga, que se trataria de um estado de associação (nesse sentido, LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de direito falimentar*, p. 173), o que parece inaceitável, sobretudo se se considerar que a associação é uma união – voluntária, por certo – de pessoas que se organizam para fins não econômicos (art. 53 do CC). De sociedade igualmente não se cuida, faltando, entre outros, o elemento da voluntariedade (“Celebram contrato de sociedade as pessoas *que reciprocamente se obrigam* a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”, diz o art. 981 do CC). A idéia de que se cuidaria de uma universalidade de direito, sustentada por alguns autores (v. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, p. 160), também soa inaceitável, eis que, sendo esta conceituada como “o complexo de relações jurídicas, *de uma pessoa*, dotadas de valor econômico” (art. 91 do CC), não se concebe que a universalidade possa ser confundida *com as próprias pessoas* – que são os credores. A universalidade, com efeito, é classificada como *bem coletivo* (Parte Geral, Livro II, Título Único, Capítulo I, Seção V – “Dos bens singulares e coletivos” – do CC), e, nesse sentido, identifica-se com a massa falida *objetiva* (cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 28, § 3.334, n. 2, p. 247). A hipótese de se tratar de uma comunhão sobre os bens do devedor também é afastada, eis que “sujeito dos direitos sobre os bens do patrimônio continua o devedor falido. Não os perdeu. O que se lhe retirou foi o poder de dispor com eficácia contra os credores” (idem, *ibidem*, § 3.318, n. 1, p. 161; v., ainda, § 3.347, n. 1, p. 279). Trajano de Miranda Valverde também refuta veementemente a hipótese de comunhão, inclusive por entender que cada credor “age no seu próprio interesse, contrariando, se possível, o dos outros concorrentes” (VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, n. 256, p. 257-258). É certo, porém, que, a par dos interesses individuais, pode haver também, tanto na recuperação, como na falência, interesses coletivos ou comuns dos credores, como se aponta a seguir no texto. É lícito falar, assim, em uma comunhão *de interesses* entre os credores. Conforme for, essa comunhão não tem, na Lei 11.101, um caráter estável, como ocorre, por exemplo, com a comunhão dos debenturistas, na Lei de S/A, a qual dispõe, inclusive, de um representante – o agente fiduciário (art. 68 da Lei 6.404/1976) – que tem atuação permanente em defesa dos interesses daquela (cf. TEIXEIRA, Egberto Lacerda e GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. 1, p. 366-367).

par conditio creditorum.¹³⁰ Para tanto, pode haver um interesse comum ou coletivo, seja na concessão e regular desenvolvimento da recuperação judicial, seja na decretação da falência do devedor, se inviável aquela, pois do contrário os credores poderão sofrer mais prejuízos ainda (art. 35, I, *a*). Os credores também podem ter interesses comuns 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* 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.

107. A Assembléia é órgão que expressa a vontade coletiva da comunhão de credores

A Assembléia de credores, como se disse, é organizada para atuar em prol do interesse comum dos credores. De que forma se dá essa atuação? A Assembléia é o órgão predisposto pela Lei 11.101 para formar e expressar a *vontade coletiva* da comunhão de credores,¹³¹ através das suas *deliberações*. Exerce, assim, *poder-função* deliberante. Mas, como bem observa Wiedemann,¹³² enquanto no indivíduo a formação e expressão da vontade – a decisão (*Entschluss*) de praticar um ato jurídico – obedecem a um processo de natureza *psicológica*, nos grupos a formação e expressão da vontade coletiva – a deliberação (*Beschluss*) – obedecem a um processo de natureza *jurídica*. Exatamente por isso não pode ser considerada expressão da vontade coletiva, consoante esclarece exemplarmente Bulhões Pedreira, em lição plenamente aplicável à hipótese de uma comunhão de credores, o resultado de eventual pesquisa de opinião que se fizesse junto aos sócios de determinada sociedade acerca de assunto sobre o qual se irá deliberar: “Assim, por exemplo, se um pesquisador de opiniões pergunta a todos os sócios da sociedade qual deva ser a decisão social sobre determinada questão, o conjunto das respostas que recebe é um agregado de atos individuais, não uma deliberação coletiva: ainda que todos se manifestem no mesmo sentido, essas manifestações não expressam a vontade social – não são imputáveis ao grupo, como um todo. Para que exista deliberação social é necessário que os sócios se manifestem sobre proposta de deliberação na qualidade de membros do grupo e com o fim de definir a vontade social, o que pressupõe um procedimento que organize seus atos. Esse procedimento precisa compreender ao menos: (a) a comunicação a todos os sócios da instauração do processo de deliberação e da proposta a ser votada; (b) a manifestação dos sócios sobre a proposta com o fim de formar a vontade social; e (c) a coleta dos votos e proclamação da deliberação social”.¹³³ A vontade coletiva da comunhão de credores,

¹³⁰ A lei reprime severamente a transgressão a este princípio: “Art. 172. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o credor que, em conluio, possa beneficiar-se de ato previsto no *caput* deste artigo.”

¹³¹ Cf., na lei anterior, MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 29, § 3.431, p. 318.

¹³² WIEDEMANN, Herbert. *Direito societário (Gesellschaftsrecht)*, v. 1, p. 176.

¹³³ No parecer José Luiz Bulhões de Pedreira (em colaboração com Alfredo Lamy Filho) denominado Deliberação dos sócios quotistas de transformar Ltda. S/A, *A Lei das S/A*, p. 656. No mesmo sentido, WIEDEMANN, Herbert. *Direito societário (Gesellschaftsrecht)*, p. 176-177.

portanto, só pode ser *validamente* exprimida uma vez seguido o *procedimento* – seqüência preordenada de atos – estabelecido na lei.

108. A Assembléia é órgão hierarquicamente superior

A Assembléia-Geral de Credores é um órgão hierarquicamente superior, que *constitui* dois outros órgãos, que igualmente agem em prol do interesse coletivo dos credores: o *Comitê de Credores* na recuperação e na falência, mediante a escolha e substituição de seus membros (art. 35, I, *b* e II, *b*) –, com exceção do disposto no art. 26, § 2.º –, e o *gestor judicial*, na recuperação judicial (art. 35, I, *e*). 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 (v. comentários ao art. 35, I, *c*, mais adiante). 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 (v., contudo, o art. 58, § 1.º, que autoriza o juiz a conceder a recuperação judicial mesmo em face de deliberação contrária da Assembléia de credores, desde que preenchidos certos requisitos).

109. A Assembléia é órgão de funcionamento facultativo

A Assembléia-Geral de Credores é órgão de funcionamento facultativo. Mesmo na recuperação judicial, se não houver objeção de nenhum credor ao plano apresentado pelo devedor (art. 56, *a contrario sensu*), poderá a Assembléia jamais chegar a ser convocada. As hipóteses em que há convocação da Assembléia-Geral dos Credores estão previstas nos arts. 26 *c/c* 52, § 2.º; 35; 52, § 4.º; 56; 65 e § 2.º; 72, *a contrario sensu*; 73, I; 99, XII; e 145. Não há convocação de Assembléia de credores na recuperação judicial de microempresas ou empresas de pequeno porte, em que o devedor opte pelo plano especial previsto nos arts. 70 a 72 (cf. art. 72, *caput*).

110. Invalidez (*lato sensu*) da Assembléia-Geral de Credores

Como tudo o que diz respeito à problemática questão da invalidez da Assembléia e de suas deliberações, a imprevidência do legislador brasileiro segue sendo exemplar. Na Lei 11.101, aliou-se a imprevidência à insensibilidade, como se verificará. Não há uma disciplina geral das invalidades relativas à Assembléia-Geral de Credores, cuidando a lei apenas de uma hipótese especial no § 2.º do art. 39 e aludindo à “invalidação de deliberação de assembleia” no § 3.º do mesmo artigo. Só. Como também não há regulação da matéria seja na parte geral, seja na infeliz parte societária do atual Código Civil, que deve ser aplicado subsidiariamente, as dificuldades trazidas ao intérprete são quase intranponíveis.

110.1 Inexistência e ineficácia

Pelas razões que expendemos em obra anterior,¹³⁴ inclinamo-nos a rejeitar a categoria da *inexistência* da Assembléia e das suas deliberações, por entender que a categoria da

¹³⁴ Cf. o nosso *Invalidez das deliberações de assembleia das S/A*, p. 78-85.

invalidade dos referidos atos (que examinaremos no subitem seguinte), se porventura já não abrangesse as hipóteses qualificadas como de inexistência, quando menos lhes daria, como lhes dá, adequada solução. Além das categorias mencionadas, há ainda a da *ineficácia*. Consiste a ineficácia na inaptidão do ato jurídico para produzir efeitos. De maneira geral, pode-se dizer que são *ineficazes* as deliberações que alteram, ou sejam suscetíveis de alterar, *direitos especiais de credores* ou *direitos de terceiros* antes que estes consentam.¹³⁵ Imagine-se a hipótese de ser aprovado um plano de recuperação judicial, por exemplo, que implique alteração da variação cambial de determinadas obrigações do devedor. Tal deliberação só produzirá efeitos se os credores das mesmas concordarem (art. 50, § 2.º). Do contrário, a deliberação pode até ser válida, mas é ineficaz.¹³⁶ A tutela processual da ineficácia, esclareça-se, é meramente *declaratória*.¹³⁷

110.2 *Invalidade* (stricto sensu)

Na categoria da invalidade, como se sabe, incluem-se a nulidade, disciplinada nos arts. 166 a 170, e a anulabilidade, nos arts. 171 a 182, todos do Código Civil, sendo a consequência de ambos os vícios idêntica: “Anulado o negócio jurídico”, diz o art. 182, “restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”. Mas, enquanto a nulidade é imprescritível (art. 169), podendo ser alegada por qualquer interessado, pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir, e até de ofício, pelo juiz, que não pode supri-la ainda que a requerimento das partes (art. 168 e parágrafo único), a anulabilidade é atingida pela decadência em breve prazo (arts. 178 e 179), só podendo ser alegada pelos diretamente interessados (art. 177), e sendo, ainda, suscetível de confirmação (art. 172). A tutela processual da nulidade é, pois, *declaratória*, e a da anulabilidade, *constitutiva negativa* ou *desconstitutiva*.

110.3 *Vícios do voto, vícios das deliberações e vícios da Assembléia*

Há que distinguir, nessa matéria, três diferentes espécies de vício, com consequências também diversas: (a) *vícios da própria Assembléia* – que pode ter sido irregularmente convocada (ou mesmo, não convocada)¹³⁸ ou *instalada*, hipótese em que a sua invalidação trará como consequência, obviamente, a invalidade de *todas as deliberações* que nela forem tomadas;¹³⁹ (b) *vícios das deliberações* – nessa hipótese, o vício de uma das deliberações

¹³⁵ Sobre ineficácia do voto e de deliberações societárias, v. o nosso *Invalidade das deliberações de assembléia das S/A*, p. 111-113 e 117.

¹³⁶ Os planos da ineficácia e da invalidade não se confundem. O ato pode ser válido e ineficaz: o testamento, embora tenha sido lavrado com todas as formalidades legais, não produz efeitos antes da morte do testador. O ato anulável é inválido, mas produz efeitos até a decretação da anulação (art. 177 do CC).

¹³⁷ Cf. ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, p. 401.

¹³⁸ Imagine-se que, sendo poucos os credores, o magistrado, para evitar despesas, dispense a convocação pelos jornais, se todos eles se dispuserem a comparecer em data previamente acertada. Nesse caso, se um deles, que não assentiu formalmente, não comparece e a Assembléia se realiza, será ela viciada por *ausência* de convocação regular.

¹³⁹ Há determinados vícios de assembléia, porém, que não trazem essa consequência. A deliberação sobre matéria não constante da ordem do dia, por exemplo, por alguns classificada como vício de

não se estende às demais, que não sejam viciadas; (c) *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; senão, será irrelevante, só atingindo o próprio voto viciado.¹⁴⁰ São completamente diversos, pois, os vícios em questão.¹⁴¹

110.3.1 Vícios do voto

O voto é *declaração de vontade*,¹⁴² aplicando-se-lhe normalmente a disciplina dos negócios jurídicos, prevista na Parte Geral, Livro III, Título I, do Código Civil. Poderá, assim, ser invalidado em virtude de nulidade (arts. 166 e 167 do CC), incluindo-se aí as hipóteses de violação de *proibição de voto*, comentadas mais abaixo, ou de anulabilidade (art. 171 do CC). A invalidade do voto, reitere-se, somente acarretará a invalidade da deliberação da Assembléia se for determinante para a formação da maioria.¹⁴³ Não há confundir, outrossim, o regime de invalidade do voto com o regime de invalidade das deliberações. O regime das deliberações é, em princípio, conforme se verá a seguir, o da anulabilidade, sujeita a prazo decadencial. Escoado esse prazo, a declaração de nulidade do voto ou a decretação de sua anulabilidade não poderá mais afetar a deliberação.¹⁴⁴

110.3.1.1 Proibição de voto

As hipóteses de proibição de voto obedecem, normalmente, a dois princípios. O primeiro deles consiste na vedação do “negócio consigo mesmo” (ex.: o credor não pode votar na deliberação sobre um negócio a ser realizado entre ele e o devedor ou a massa, sobre a 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 parêmia *nemo iudex in causa propria*, pois a ninguém é dado julgar os próprios atos (ex.: o credor não poderia votar na deliberação sobre a sua destituição da condição de membro do Comitê de Credores, muito embora não esteja impedido de votar em si mesmo para exercer o cargo, tal como ocorre com os sócios e acionistas, que podem votar em si mesmos para exercer o cargo de administradores das sociedades e companhias). A proibição de o credor votar atinge também o seu representante¹⁴⁵ e inibe, outrossim, o

assembléia, acarreta apenas a invalidade da deliberação em questão, não afetando as outras que tenham sido regularmente tomadas no conclave. V. outras hipóteses de vícios de assembléia em nosso *Invalidade das deliberações de assembléia das S/A*, p. 91 e 92.

¹⁴⁰ Essa verificação é que se denomina, na doutrina, de “prova de resistência” da deliberação (cf. o nosso *Invalidade das deliberações de assembléia das S/A*, p. 85, nota 45).

¹⁴¹ Outra classificação usual é a que distingue entre vícios referentes ao procedimento de *formação das deliberações* e vícios referentes ao *conteúdo* (ou *objeto*) das mesmas (cf., por todos, XAVIER, Vasco da Gama Lobo. *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, p. 180-181).

¹⁴² Cf. SCHMIDT, Karsten. *Direito societário (Gesellschaftsrecht)*, p. 436-438.

¹⁴³ Isso ocorreria, segundo alguns, por força da aplicação do princípio *utile per inutile non vitiatur*, previsto no art. 184 do CC atual (art. 153 do CC/1916), mas v. a penetrante crítica de ASCARELLI a respeito (ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, p. 390, nota 44).

¹⁴⁴ Cf. ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, p. 413 e nota 47; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 50, § 5.323, n. 12, c, p. 313.

¹⁴⁵ O argumento pode ser extraído por analogia com a norma constante do § 1.º, do art. 134, da Lei de S/A.

credor impedido, de representar outro credor.¹⁴⁶⁻¹⁴⁷ O Código Civil, lei subsidiária, contém norma geral de proibição de voto no art. 1.074, § 2.º (“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.º (proibição de os administradores e conselheiros fiscais aprovarem as contas da administração). A violação da proibição importará nulidade do voto proferido (art. 166, VII, do CC), e, se o voto for decisivo para a formação da maioria, a invalidade da deliberação.

110.3.1.2 Conflito de interesses

Em franco descompasso com a Lei de S/A (art. 115, § 4.º), o Código Civil 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.º e 1.017, parágrafo único).¹⁴⁸ A Lei 11.101, infelizmente, não trata da matéria. E não faltarão hipóteses em que o interesse individual de determinado credor poderá ser substancialmente conflitante¹⁴⁹ com o da coletividade, a exigir 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 os seus prejuízos, mediante a ampliação das disponibilidades da massa.¹⁵⁰ Outras manifestações doutrinárias e jurisprudenciais têm considerado contrárias ao interesse comum dos credores as deliberações: a) que causam prejuízo desproporcional, inadequado, para uma parte dos credores; b) 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; c) que não são úteis a ninguém; d) que favorecem o devedor ou um terceiro sem qualquer vantagem para a massa.¹⁵¹ Como hipóteses mais concretas de conflito de interesses podem ser imaginadas, por exemplo, a de uma credora, indústria automobilística, que vote contrariamente à aprovação de plano de recuperação judicial viável por estar interessada na falência do devedor, seu concessionário, a fim de passar a concessão a outrem; ou do credor interessado na falência de seu agente ou distribuidor (art. 710 do CC), igualmente para transferir a outrem a agência ou a distribuição de seus

¹⁴⁶ Cf. UHLENBRUCK, Wilhelm (*Insolvenzordnung*, § 77, ns. 5 e 6, p. 1.273) e ERICKE, Ulrich (*Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, § 77, n. 38, p. 1.680), que entendem que a proibição também se aplica a uma sociedade controlada por um credor impedido.

¹⁴⁷ Sobre toda essa matéria de proibição de voto, cf. UHLENBRUCK, Wilhelm. *Insolvenzordnung*, § 76, n. 24, p. 1.268/1.269, e § 77, ns. 4 a 8, p. 1.272-1.274; e ERICKE, Ulrich. *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, § 77, ns. 35 a 38, p. 1.679-1.680.

¹⁴⁸ Essa também era a sanção prevista nos arts. 95 e 120, parágrafo único, da anterior Lei de S/A (Dec.-lei 2.627/1940). Sobre o tema, v. o nosso *Conflito de interesses nas assembleias de S/A*, p. 74-75.

¹⁴⁹ Sobre a distinção entre conflito de interesses *formal* e *substancial* ou *material*, v. o nosso *Conflito de interesses nas assembleias de S/A*, p. 75-81 e 91-97. V. ainda, mais resumidamente, no comentário a julgado da CVM que publicamos na RDM 128/225 sob o título: “Conflito de interesses: formal ou substancial?”.

¹⁵⁰ ERICKE, Ulrich, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, § 78, n. 17, p. 1.691, esclarecendo que o componente temporal “a médio prazo”, nessa conceituação, visa 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.

¹⁵¹ UHLENBRUCK, Wilhelm, *Insolvenzordnung*, § 78, ns. 8 e 9, p. 1.283-1.284.

produtos; ou ainda, do credor que tenha interesse na falência de seu devedor simplesmente por ser seu concorrente. Nesses casos, o voto desses credores na Assembléia-Geral que for deliberar sobre o plano de recuperação judicial do devedor (art. 45 da Lei 11.101) poderá ser materialmente conflitante com o interesse da comunhão de credores na aprovação daquele plano. De outra parte, seria problemático estabelecer-se aí uma proibição de voto, eis que não se pode dizer *a priori* que o credor concorrente, por exemplo, tenha interesse na falência do seu devedor unicamente para aniquilá-lo.¹⁵² Se o plano de recuperação judicial for inviável, é absolutamente legítimo que o credor vote pela sua desaprovação, no intuito de evitar mais prejuízos ainda. A recuperação judicial não é um valor absoluto, como lembrado alhures.¹⁵³ Mas é de todo conveniente que, em tais casos, o credor justifique cumpridamente o seu voto, eivado de natural suspeição, entregando declaração ao presidente da Assembléia. De outra parte, a disciplina do voto em conflito de interesses – que é uma espécie de abuso do direito de voto¹⁵⁴ – destina-se a proteger o interesse do grupo, sendo assim aplicável tanto ao voto da maioria como ao da minoria.¹⁵⁵

110.3.2 Vícios das deliberações

A deliberação de assembléia é manifestação de vontade coletiva (é um *ato coletivo* – *Gesamtakt*), não sendo considerada, por muitos autores, como um negócio jurídico.¹⁵⁶ Mesmo aqueles que não comungam dessa idéia concedem, entretanto, que se trata de um negócio jurídico de natureza especial, ao qual não se aplica inteiramente a disciplina das invalididades, prevista nos arts. 166 e seguintes, do CC.¹⁵⁷ E, 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. *Nulidade ou anulabilidade?* Mas, qual a sanção aplicável a uma deliberação tomada contrariamente à lei? *Nulidade ou anulabilidade?* A Lei 11.101, nos dois únicos dispositivos que se referem à questão, fala genericamente em *invalidade*, dizendo o seguinte: “As deliberações da Assembléia-Geral não serão *invalidadas*...” (art. 39, § 2.º); “No caso de posterior *invalidação* de deliberação da assembléia...” (art. 39, § 3.º). De sua parte, o Código Civil não contém, incompreensivelmente,

¹⁵² As duas únicas hipóteses de proibição de voto, previstas no Código Civil, como se disse, estão no § 2.º, do art. 1.074 (“Nenhum sócio, por si ou na condição de mandatário, pode votar matéria que lhe diga respeito diretamente”), e no § 2.º do art. 1.078 (proibição de os administradores e membros do Conselho Fiscal deliberarem sobre as próprias contas).

¹⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, v. 3, p. 382-383. Em outra passagem, anota: “Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores (Lynn Lo Pucki, apud Jordan-Warren, 1985:657)” (idem, p. 234).

¹⁵⁴ Cf. GALGANO, Francesco. *Il nuovo diritto societario*, p. 233.

¹⁵⁵ V. o nosso *Conflito de interesses nas assembléias de S/A*, p. 65 (*in fine*)-67.

¹⁵⁶ V., sobre a classificação das deliberações de assembléia, o nosso *Invalidade das deliberações de assembléia das S/A*, p. 41-52. Cf. ainda SCHMIDT, Karsten. *Direito societário (Gesellschaftsrecht)*, p. 436.

¹⁵⁷ V. ASCARELLI, Tullio. *Rivista delle Società*, 1956, v. 1, p. 104-105, e SCHMIDT, Karsten. *Direito societário (Gesellschaftsrecht)*, p. 436.

uma norma como a do art. 286 da Lei de S/A, que prevê, *como regra geral*, a anulabilidade das deliberações. Mas, de algumas disposições isoladas do Código Civil, pode-se verificar ter sido seguida a regra da anulabilidade, a saber: os § 3.º e 4.º, combinados, do art. 1.078, e o art. 48 e seu parágrafo único. Os dois primeiros prevêem que a aprovação, sem reservas, das demonstrações financeiras ali mencionadas, exonera de responsabilidade os administradores e os membros do Conselho Fiscal, extinguindo-se em dois anos o direito de *anular* tal deliberação.¹⁵⁸ Os dois últimos, referentes às pessoas jurídicas em geral, dispõem que, se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões se tomarão, em princípio, pela maioria de votos dos presentes, decaindo em três anos o direito de *anular* tais decisões, quando violarem a lei ou estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude.¹⁵⁹ O que se pode extrair desses dispositivos é que, *em se tratando de deliberações coletivas*, o Código Civil adota sempre a regra da *anulabilidade*, como ocorre, aliás, nas legislações dos mais diversos países. Com amparo na lei supletiva, é lícito concluir, assim, que as deliberações das assembleias de credores estão sujeitas também à regra geral da anulabilidade.¹⁶⁰

110.3.2.1 Mérito das deliberações

O juiz exerce um controle de legalidade ou legitimidade das deliberações da Assembleia, não um controle de mérito.¹⁶¹ As deliberações de Assembleia, aliás, não precisam ser motivadas, sendo tomadas de acordo com critérios de conveniência ou oportunidade. Desde que tenham sido observadas todas as formalidades legais, e não haja votos viciados decisivos para a formação da maioria, o conteúdo das deliberações escapa ao controle jurisdicional.

110.3.2.2 Prazo para anulação

Qual o prazo para requerer a anulação das deliberações? Deve-se recorrer ao disposto no art. 179 do CC: “Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de 2 (dois) anos, a contar da data da conclusão do ato”. Entendemos, porém, que o prazo deve ser contado da intimação da juntada aos autos da ata da Assembleia de credores (§ 7.º, do art. 37, da Lei 11.101) – que é a data em que se dá *publicidade* à deliberação. O prazo é de *decadência* (art. 178, *caput*, c/c art. 179 do CC). Tal prazo, de 2 anos, como já tivemos oportunidade de observar com relação às deliberações societárias,¹⁶² está em aberta dessintonia com a maioria das legislações contemporâneas, e é, por idênticas razões – a necessidade de estabilidade

¹⁵⁸ Regras semelhantes colhem-se no § 3.º, do art. 134, c/c o art. 286 da Lei de S/A.

¹⁵⁹ O art. 286 da Lei 6.404/1976, que constitui reprodução quase *ipsis litteris* do art. 155 do Dec.-lei 2.627/1940, fonte do parágrafo único do art. 48 do Código Civil, assim dispõe: “A ação para anular as deliberações tomadas em assembleia geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação”.

¹⁶⁰ 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). Sobre as hipóteses de nulidade absoluta das deliberações das assembleias das companhias, v. o nosso *Invalidez das deliberações de assembleia das S/A*, p. 97-111; sobre as de ineficácia, ver p. 111-113.

¹⁶¹ Cf. o nosso *Conflito de interesses nas assembleias de S/A*, p. 45-47. V., outrossim, GALGANO, FRANCESCO. *Il nuovo diritto societario*, p. 232.

¹⁶² Cf. o nosso *Invalidez das deliberações de assembleia das S/A*, 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 invalidez das deliberações assembleares, especialmente p. 13, nota 3.

das deliberações assembleares –, insuportavelmente longo para requerer a anulação das deliberações das assembleias de credores. Deveria ser de 30 ou 60 dias, no máximo.

110.3.3 Vícios da Assembleia

Fiquemos naqueles que acarretam a invalidade da própria Assembleia: irregularidade da convocação ou instalação. A Assembleia 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, a imprevidência e insensibilidade do legislador falimentar. O Código Civil, lei supletiva, não contém uma regra como a do art. 286 da Lei de S/A, que prevê expressamente, para a hipótese de convocação ou instalação irregular, a anulabilidade. E o art. 166, V, do Código Civil 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 de 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 assembleia de credores...¹⁶³ Entendemos ser plenamente aplicável às Assembleias de credores, todavia, o § 2.º, do art. 1.072, do Código Civil, que dispensa a convocação quando todos os interessados comparecerem à Assembleia ou se declararem, por escrito, cientes do local, data, hora e ordem do dia. Já o § 3.º do mesmo artigo, que dispensa a realização do conclave quando todos os interessados decidirem, por escrito, sobre a matéria que dele seria objeto, é de duvidosa aplicação a uma Assembleia de credores, pois o administrador judicial pode ter um papel relevante no encaminhamento das discussões entre os participantes, no curso do conclave.

110.4 Legitimação para agir

110.4.1 Legitimação ativa

Salvo eventual hipótese de nulidade, a legitimação para anular a Assembleia 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. Em caso de determinados *vícios do voto*, evidentemente, deve-se admitir a impugnação por parte do credor que tenha votado favoravelmente à realização da Assembleia, ou às suas deliberações.¹⁶⁴ Também está legitimado a propor a ação anulatória, a nosso ver, o credor sem direito de voto, se lhe foi sonogado o direito de participar do conclave ou da discussão que nele se travou (arts. 39, § 1.º, 43 e 45, § 3.º da Lei 11.101).¹⁶⁵ O Ministério Público, ocorrendo eventual

¹⁶³ O que demonstra a necessidade de urgente revisão da teoria das invalidades da Assembleia e de suas deliberações, por nós reclamada em diversos escritos, o último dos quais mencionado na nota anterior.

¹⁶⁴ Isto só ocorre nas hipóteses de alguns *vícios do consentimento* (erro, dolo, coação) ou *de incapacidade do votante* (não se admitiria, com efeito, que a simulação pudesse ser alegada, por exemplo, pelo credor que a tivesse praticado), e desde que o voto proferido pelo errante, pelo coacto ou pelo incapaz tenha contribuído, de forma decisiva, para a formação da maioria.

¹⁶⁵ V. outras hipóteses acerca de legitimação para agir com relação às assembleias das companhias, que poderiam ser aplicadas analogicamente, no nosso *Invalidez das deliberações de assembleia das S/A*, p. 118-126.

hipótese de *nulidade*, também está legitimado a propor a ação, o mesmo se podendo dizer do administrador judicial (art. 168 do CC). Nesse último caso, aliás – demanda movida pelo administrador judicial –, parece-nos que o juiz deverá nomear curador especial para representar a massa falida, em face da colisão de interesses (arg. *ex vi* do art. 9.º, I, do CPC). Em se cuidando da *ineficácia* das deliberações assembleares, legitimados a agir serão, em princípio, aqueles a cujo consentimento a lei atribui a produção de efeitos do ato, ou seja, os credores ou terceiros mencionados no subitem 109.1, acima.

110.4.2 Legitimação passiva

A legitimada passiva para as ações relativas à invalidade ou ineficácia 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 27, respectivamente) e um órgão excepcional (o gestor judicial, cf. art. 35, I, *e*, *c/c* 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).

110.5 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, § 3.º, 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, § 4.º, respectivamente). Parece-nos que tal sentença tem natureza homologatória da vontade coletiva dos credores,¹⁶⁶ podendo ser objeto de anulação como os atos jurídicos em geral, nos termos do art. 486 do CPC.¹⁶⁷

¹⁶⁶ 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 [...] § 4.º 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, § 1.º, classifica a decisão que conceder a recuperação como título judicial, “nos termos do art. 584, III, do *caput* da Lei 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.*). Ressalte-se que, com a reforma decorrente da Lei 11.232/2005, o citado art. 584, III, foi revogado, tendo como dispositivo correspondente o art. 475-N, III, do CPC.

¹⁶⁷ Esclareça-se que, nas diversas legislações, a questão da invalidade da assembléia de credores e de suas deliberações é tratada de forma diferente. Na lei falimentar alemã, por exemplo, não é prevista