

sócios comanditados das sociedades em comandita simples (Código Civil, art. 1.045) e ao acionista-diretor em comandita por ações (Código Civil, art. 1.091). Tais sociedades, já extremamente raras ou praticamente inexistentes antes da vigência do Código Civil de 2002, foram, entretanto, mantidas no ordenamento pelo referido Código, podendo dedicar-se a atividades empresariais, sujeitando-se, assim, aos procedimentos da falência ou recuperação judicial, com a responsabilização patrimonial de seus sócios pelas obrigações sociais, de forma ilimitada e solidária. No caso da sociedade em comandita simples, essa responsabilização é apenas do sócio comanditado, já que os sócios comanditários se obrigam unicamente pelo valor de sua quota. Diverso é o caso da falência pessoal do sócio. Sendo ele comanditário ou quotista, serão apurados e arrecadados os haveres que tiver na sociedade, nos termos do art. 123 desta Lei.

Seção III Do administrador judicial e do Comitê de Credores

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERGOSA

91. Considerações iniciais

Depois de mais de uma década de tramitação no Congresso Nacional esperava-se que a Lei 11.101/2005 fosse um diploma legislativo modelo, elaborado dentro das mais perfeitias normas de técnica legislativa e organizada segundo um projeto sistemático e harmônico. Infelizmente nada disto aconteceu, dando-se justamente o contrário. Como se sabe, o projeto econômico da referida Lei teve, entre outros objetivos, o de aumentar a segurança dos agentes do mercado nas operações empresariais, do que deveria resultar, em tese, entre outros efeitos, a redução da taxa de juros nas operações bancárias de crédito. Mas, como já disse alguém, “de boas intenções o inferno está cheio”, e toda a estrutura econômica imaginada para resolver problemas antigos do Dec.-lei 7.661/1945 foi levada abaixo pela enxurrada legislativa que desorganizou os institutos da nova Lei e os misturou totalmente, tal como se faria com as peças de um imenso quebra-cabeças que fosse colocado nas mãos de um chimpanzé.

Uma vez que a Lei está promulgada, resta aos operadores do direito conviverem com o seu texto, procurando interpretá-lo adequadamente e fazer a sua aplicação de maneira a que se procure alcançar os objetivos propostos e que foram guindados a tarefas que talvez ela não possa realizar.

O tema da recuperação da empresa como alternativa preferencial à falência não é novo no direito brasileiro. Entre outros, Jorge Lobo dele já falava em 1996, lembrando da função social da empresa.¹¹⁵

A viga mestra da recuperação da empresa (extrajudicial e judicial), colocada no lugar dos dois modelos da concórdia, dependerá de um esforço hercúleo para efetivar-se como pretendido, a ser desenvolvido por diversos atores que desempenharão o seu papel sobre um palco moveável e escorregadio. Esses personagens precisarão trabalhar em harmonia para aquela finalidade, o que se torna muito árduo, considerando a existência de diversos interesses relevantes que se chocam entre si durante todo o processo, repelin-do-se uns aos outros, tal como ocorre com os pólos iguais de ímãs diferentes.

Para dar certo, o *jogo da recuperação* precisará contar com ampla margem de colaboração dos jogadores que, no regime anterior, sempre se portaram de forma amplamente antagônica. Existe a necessidade de uma *mudança cultural* nas cabeças das partes envolvidas. Não lhes bastará *dormir com o inimigo*, mas será necessário, funda-

¹¹⁵ LOBO, Jorge. *Direito concursal*, p. 19-20.

mentalmente, trabalhar em conjunto com o inimigo de forma harmônica e evitar, de outro lado, o *fogo amigo*.

Tendo em conta a recuperação da empresa, o resultado não poderá ser de *soma zero*, ou seja, sem perdas e ganhos. A busca deverá estar voltada para um alvo positivo, concretamente a efetiva reinserção da empresa no mercado, sob o antigo comando ou com uma nova direção, dando-se no passar do tempo a reposição das perdas dos credores que colaboraram com tal processo.

Também na falência, a preservação da empresa deve ser intentada pelas partes, se parando aquela do empresário. Busca-se salvar a empresa (a *atividade organizada*, ou o negócio), penalizando-se o empresário ineficiente ou fraudulento, reconhecendo-se, como fez Asquini, a diferença conceitual entre uma e outro. Se a empresa não puder ser salva, ainda assim os mecanismos para otimização da venda dos bens da sociedade falida deverão servir para minorar o prejuízo dos credores, de forma mais aceitável do que ocorria anteriormente. Neste caso, o papel dos credores na defesa dos seus interesses também se revela fundamental.

Neste contexto, dois importantes centros de interesse e de competências da nova Lei residem na pessoa do administrador judicial e no Comitê de Credores.

Embora a Lei 11.101/2005 haja reservado para esses dois *órgãos* uma seção específica, correspondente aos arts. 21 a 34, pela falta de sistematização e de organização do texto, a eles se faz referência em diversos outros dispositivos, que se correlacionam em mútua dependência, do que resulta a necessidade de uma reconstrução sistemática, que não poderá ser feita satisfatoriamente dentro dos limites destes comentários, em vista da própria estrutura que se adotou para a sua elaboração, como seja, a análise de artigo por artigo. São tantas as normas sobre os dois temas em questão espalhadas ao longo da nova Lei, que não calha enumerá-las agora. Serão chamadas para dar o seu testemunho no devido tempo, se este for o caso.

Consideremos tratar-se o atual de uma fase preparatória que, tal como o primeiro herói da passagem do Cabo das Tormentas, irá abrir o caminho de uma Boa Esperança para futuros navegadores. Quem viver, verá, se o vir...

Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada. **Parágrafo único.** Se o administrador judicial nomeado for pessoa jurídica, declarar-se-á, no termo de que trata o art. 33 desta Lei, o nome de profissional responsável pela condução do processo de falência ou de recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem autorização do juiz.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERGOSA

Na Lei anterior, a administração da falência incumbia ao síndico, enquanto ao comissário cabia levar adiante as tarefas de supervisão do devedor tendo em vista o cumprimento das obrigações que nesta última havia assumido. Estes dois papéis ficaram agora sob a responsabilidade do administrador judicial, conforme o caso, para pagar os credores com as forças da massa ou para recuperá-la (na recuperação judicial) dentro do plano posto em andamento. Observe-se, no entanto, que o administrador judicial não opera na

recuperação extrajudicial, que se erigia como uma verdadeira *concordata*, ou seja, um cético acordo entre o devedor e seus credores (arts. 161 a 167 da Lei nova).

Síndico ou administrador judicial, o nome é o que menos importa. Verdaderamente essencial é verificar qual a natureza jurídica deste personagem, como se desdobra a sua competência e quais as suas responsabilidades.

Miranda Valverde fez um profundo estudo no direito comparado a respeito da questão referente quanto ao síndico no direito anterior, que se resumia em dois tipos de teorias a respeito, a da representação e a do ofício ou da função judiciária. A primeira foi atizada porque, segundo aquele autor, resumidamente, na falência não existe personalidade e nem representação: o síndico não representava nem o devedor, nem a massa de credores, nem a massa falida. O síndico, na verdade, segundo a visão de Miranda Valverde, ocupava a função de agente auxiliar da justiça, exercendo-a a bem do interesse público e para a realização da finalidade do processo da falência.¹⁰⁶ O interesse público atual da recuperação encontra-se muito mais acentuado do que na Lei anterior.

Veja-se que, antes de ser um processo de interesse restrito da comunidade de credores, a falência se apresentava e continua se apresentando na nova Lei como um instituto de interesse fundamentalmente público, em vista das repercussões maléficas para a economia como um todo, geradas pela quebra de empresas.

Nas concordatas o comissário também estava classificado como um órgão da concordata,¹¹⁷ entre os agentes auxiliares da justiça, diferindo do síndico não-somente pelo fato de que este era um administrador de patrimônio alheio, enquanto o primeiro exercia o papel de fiscal da administração realizada pelo devedor no curso do processo correspondente.¹¹⁸

O administrador judicial pode ser qualquer pessoa, cabendo ao juiz nomeá-lo (art. 52, D, estando para tal objetivo tão-somente obrigado a obedecer à preferência determinada pela Lei. Mas, preferência em que termos? Estará subordinado o juiz a somente deixar de escolher alguém de uma das profissões mencionadas no artigo em pauta se não houver nenhum deles na comarca? Somente neste caso teria condições de escolher uma empresa especializada? Parece que não.

A preferência de que fala a Lei corresponde tão-somente a uma direttriz orientadora. O legislador, à luz das incumbências complexas de que se reveste a administração de uma falência e da recuperação judicial, houve por bem aconselhar o magistrado a escolher alguém pertencente a uma das profissões ligadas aos institutos ali tratados. O juiz pode, ainda, optar desde o início por uma empresa especializada em tal tipo de atividade, ou seja, apta a dar conta de um processo de recuperação ou de venda de ativos e de pagamento do passivo, com o melhor proveito para a massa falida, no último caso.

Mas, se o juiz tem a liberdade mencionada, sabe ele que um advogado especializado em direito de família, um economista acostumado a tratar tão-somente de complexas questões orçamentárias, um administrador de empresas que cuide de uma galeria de arte, ou

¹⁰⁶ VALVERDE, Trujano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 439-448. Vide também neste sentido REQUILAO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, v. 1, p. 250.

¹¹⁷ Cf. LOBO, Jorge. *Direito concursal*, p. 119.

¹¹⁸ VALVERDE, Trujano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 2, p. 327-328. No mesmo sentido, vide REQUILAO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, v. 2, p. 107.

um contador que somente fique imposto de renda da pessoa física, todos eles estarão mal preparados para cuidar da recuperação de uma empresa ou do andamento de uma falência, sendo preferível fazer recuar a escolha sobre outras pessoas providas de um nível razoável de conhecimentos e de bom senso.

Em última análise, o magistrado encarregado do caso será o último responsável pela escolha de um bom administrador judicial, a partir das necessidades que forem apresentadas em cada caso concreto.

Como se verifica, a nova Lei permite que o administrador judicial venha a ser uma *pessoa jurídica especializada*.

Em um mundo negocial cada vez mais complexo, torna-se difícil encontrar um profissional que reúna senão todas, ao menos uma boa parte das qualidades necessárias para enfrentar as dificuldades de uma falência e, agora, de uma recuperação judicial, que serão tanto mais extensas e áridas, quanto o porte e o tipo de negócio da empresa submetida a um daqueles regimes. Desta maneira, abre-se o espaço para a utilização de sociedades que venham a organizar-se justamente para criar as necessárias condições voltadas para a recuperação de uma empresa viável ou para otimizar o processo de falência a bem dos credores. Tal sociedade contará em seus quadros com profissionais representantes das múltiplas funções cuja utilização em tais processos revele-se necessária (advogados, economistas, administradores de empresas, contadores, auditores, engenheiros, arquitetos etc.).

Não sem razão, portanto, que no direito brasileiro deve ser reformulada a proibição da existência em uma mesma sociedade de profissionais liberais de formação diversa, de maneira a poderem constituir uma sociedade apta a dar conta de tarefas tão variadas e de elevado nível de especialidade.

Escolhida pelo juiz uma pessoa jurídica com tal tipo de objeto social, ela deverá indicar um dos seus profissionais para ser o responsável pelo processo (de falência ou de recuperação judicial conforme o caso), que não poderá ser substituído pela primeira sem que para tal finalidade dê o juiz a necessária autorização. Estabelece-se, desta forma, o princípio da *identidade física* da pessoa responsável pela condução das funções legalmente previstas, impedindo os prejuízos que certamente surgiram por frequentes mudanças das pessoas naturais encarregadas do exercício daquelas.

Considerando que o dispositivo legal em apreço não estabelece como critério que o *profissional responsável* seja sócio ou administrador da pessoa jurídica designada administrador judicial (diretor ou membro do seu Conselho de Administração), isto implica em dizer que ele poderá ser um empregado ou um profissional liberal, como tal contratado para prestar os serviços correspondentes à outra parte na relação jurídica em causa.

Para efeito de contraste, a nova Lei revela-se mais flexível do que a anterior, que fazia a escolha do síndico da falência e do comissário da concordata passar necessariamente pela nomeação sucessiva de três entre os maiores credores, antes que o juiz tivesse liberdade para fazer a escolha em pessoa de sua confiança. Esta, o *síndico dativo*, deveria ser preferencialmente comerciante. A prática, no entanto, deixou de observar esta sistemática.

Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

- I - na recuperação judicial e na falência:
 - a) enviar correspondência aos credores constantes na relação de que trata o inciso III do caput do art. 51, o inciso III do caput do art. 99 ou o inciso II do caput do art. 105 desta Lei, comunicando a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito;
 - b) fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados;
 - c) dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos;
 - d) exigir dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações;
 - e) elaborar a relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei;
 - f) consolidar o quadro geral de credores nos termos do art. 18 desta Lei;
 - g) requerer ao juiz convocação da assembleia-geral de credores nos casos previstos nesta Lei ou quando entender necessária sua oitiva para a tomada de decisões;
 - h) contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções;
 - f) manifestar-se nos casos previstos nesta Lei;
- II - na recuperação judicial:
 - a) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial;
 - b) requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação;
 - c) apresentar ao juiz, para juntaada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor;
 - d) apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do caput do art. 63 desta Lei;
- III - na falência:
 - a) avisar, pelo órgão oficial, o lugar e hora em que, diariamente, os credores terão à sua disposição os livros e documentos do falido;
 - b) examinar a escrituração do devedor;
 - c) relacionar os processos e assumir a representação judicial da massa falida;
 - d) receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa;
 - e) apresentar, no prazo de 40 (quarenta) dias, contado da assinatura do termo de compromisso, prorrogável por igual período, relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência, no qual apontará a responsabilidade civil e penal dos envolvidos, observado o disposto no art. 186 desta Lei;
 - f) arrecadar os bens e documentos do devedor e elaborar o auto de arrecadação, nos termos dos arts. 108 e 110 desta Lei;
 - g) avaliar os bens arrecadados;
 - h) contratar avaliadores, de preferência oficiais, mediante autorização judicial, para a avaliação dos bens caso entenda não ter condições técnicas para a tarefa;
 - i) praticar os atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores;

j) requerer ao juiz a venda antecipada de bens perecíveis, deterioráveis ou sujeitos a considerável desvalorização ou de conservação arcaica ou dispendiosa, nos termos do art. 113 desta Lei;

l) praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, diligenciar a cobrança de dívidas e dar a respectiva quitação;

m) remit, em benefício da massa e mediante autorização judicial, bens apenhadados, penhorados ou legalmente retidos;

n) representar a massa falida em juízo, contratando, se necessário, advogado, cujos honorários serão previamente ajustados e aprovados pelo Comitê de Credores;

o) requerer todas as medidas e diligências que forem necessárias para o cumprimento desta Lei, a proteção da massa ou a eficiência da administração;

p) apresentar ao juiz para juntada aos autos, até o 10^o (décimo) dia do mês seguinte ao vencido, com demonstrativa da administração, que especifique com clareza a receita e a despesa;

q) entregar ao seu substituto todos os bens e documentos da massa em seu poder, sob pena de responsabilidade;

r) prestar contas ao final do processo, quando for substituído, destituído ou renunciado ao cargo.

§ 1^o As remunerações dos auxiliares do administrador judicial serão fixadas pelo juiz, que considerará a complexidade dos trabalhos a serem executados e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes.

§ 2^o Na hipótese da alínea d do inciso I do caput deste artigo, se houver recusa, o juiz, a requerimento do administrador judicial, intimará aquelas pessoas para que compareçam à sede do juízo, sob pena de desobediência, oportunidade em que as interrogará na presença do administrador judicial, tomando seus depoimentos por escrito.

§ 3^o Na falência, o administrador judicial não poderá, sem autorização judicial, após ouvidos o Comitê e o devedor no prazo comum de 2 (dois) dias, transgredir sobre obrigações e direitos da massa falida e conceder abatimento de dívidas, ainda que sejam consideradas de difícil recebimento.

§ 4^o Se o relatório de que trata a alínea e do inciso III do caput deste artigo apontar responsabilidade penal de qualquer dos envolvidos, o Ministério Público será intimado para tomar conhecimento de seu teor.

HAROLDO MULLEROS DUCLERC VERGOSA

A atuação do administrador judicial fica subordinada à permanente fiscalização do juiz, tal como acontece com as pessoas do síndico e do comissário no direito anterior. Além disto, também sofre a fiscalização do Comitê de Credores, como novidade do novo regime, sobre o qual caberá discorrer na análise a ser feita dos arts. 26 a 34, adiante.

92. Inc. I — Na recuperação judicial e na falência

92.1 *Correspondência aos credores*

As relações de credores de que cuida o dispositivo em apreço correspondem, respectivamente, (i) àquele fundada à petição inicial do pedido de processamento da recuperação judicial; (ii) à relação cuja apresentação é determinada pelo juiz quando da declaração da falência; e (iii) à do requerimento da auto-falência.

As correspondências em causa têm a finalidade de dar conhecimento aos credores do pedido de recuperação judicial ou da falência decretada ou requerida pelo devedor, a fim de que venham a tomar as medidas necessárias à defesa dos seus interesses.

92.2 *Fornecimento de informação*

As informações determinadas pela Lei se circunscrevem tão-somente ao rol dos credores interessados. Aquelles que, por ventura nada possam reclamar na recuperação da empresa ou da massa falida não deverão ser atendidos pelo administrador judicial.

Essa prestação deve corresponder a um período mínimo de tempo não determinado na Lei, mas que seja efetivamente útil ao credor para que possa utilizar-se das informações em causa.

De outro lado, entende-se que se trata de informações pertinentes aos interesses em jogo, devendo deixar de ser atendidos pedidos eventualmente despropositados e abusivos, feitos por qualquer credor.

92.3 *Extratos de livros*

Como se sabe, na mesma linha do direito anterior, o novo Código Civil estabeleceu uma série extensa de obrigações a serem cumpridas no desenvolvimento da atividade empresarial, relacionadas com o plano da regularidade, condição essencial para o exercício dos benefícios que a legislação estabelece em favor dos empresários e das sociedades empresárias. Para tal finalidade permanece implícito no regime jurídico ao qual a atividade empresarial está subordinada o mesmo princípio que era encontrado no art. 14.º do Código Comercial brasileiro, mesmo que não repetido expressamente o seu texto pelo novo Código Civil.

No contexto contêm-se as seguintes obrigações mercantis: (i) a inscrição obrigatória do empresário ou da sociedade empresária no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (CC, arts. 967; 984 e 1.150; e Lei 8.934, de 18.11.94); (ii) a adoção de um sistema de contabilidade e de livros obrigatórios (arts. 1.180 e 1.185 do CC); e (iii) o levantamento anual do balanço patrimonial e do de resultado econômico (arts. 1.179 e 1.180 do CC).

Orá, os livros do devedor, no caso da alínea sob exame, somente merecerão fé se houverem sido obedecidas as regras sobre a adoção, autenticação e escrituração, de maneira a que não apresentem irregularidades formais e/ou materiais. Desta maneira, os lançamentos nesses registrados servirão como prova para os fins relacionados com as habilitações e impugnações de créditos sob a condição de que não venham a ser desabonados por infração da lei.

92.4 *Exigir informações*

Trata-se de prerrogativa do administrador judicial na qualidade de mecanismo apto a proporcionar o pleno exercício das funções que a Lei lhe estabeleceu. Deve-se entender, evidentemente, tratar-se de informações relacionadas com os interesses estritos em jogo, devendo ser repelidas as exigências que nada tenham a ver com a recuperação da empresa ou com a falência.

Considerando o interesse geral dos credores e da própria sociedade em relação ao curso de uma falência, a prestação das informações vertentes não corresponde a um simples ato de colaboração, mas se trata de uma obrigação cujo descumprimento gerará, em um primeiro momento, o dever de comparecer a juízo após a intimação. Caso a intimação venha a ser descumprida, o intimado será conduzido para oitiva à força, vindo o juiz fazer valer a sua autoridade para tanto, na forma do § 2.º deste artigo.

Não se trata aqui da aplicação da Súmula 280 do STJ, que se referia ao fato de não haver sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988 a prisão administrativa. A figura em causa é a da desobediência.

92.5 *Elaboração da relação dos credores*

Nos termos do aludido dispositivo – cabendo ao administrador judicial desenvolver os atos relacionados com a habilitação e com a verificação dos créditos da empresa em recuperação, ou da massa falida –, ele deverá publicar um edital, no prazo ali previsto. Este edital conterá a relação de credores que possa ser organizada a partir dos livros contábeis e dos documentos comerciais e fiscais do devedor, a par dos documentos que lhe tiverem sido trazidos pelos credores.

92.6 *Consolidação do Quadro-Geral de Credores*

Publicada a relação de credores referida na alínea anterior e decididas as questões relacionadas às impugnações oferecidas pelos interessados, deverá o administrador judicial consolidar o Quadro-Geral de Credores, que será objeto de homologação judicial.

92.7 *Requisição da Assembleia Geral de Credores*

Ao longo de toda a Lei inúmeras disposições se voltam para os atos de competência da Assembleia Geral de Credores, destacando-se especialmente os arts. 35 a 46, cuja convocação é de competência exclusiva do juiz mediante requerimento do administrador judicial. A fim de evitar mais este ato de natureza *burocrática* que acarretará a perda de um tempo precioso, melhor teria feito a Lei se houvesse outorgado tal competência ao próprio administrador judicial, comunicando-se o juiz a esse respeito.

92.8 *Contratação de profissionais ou empresas especializadas*

Dada a natureza extensa e complexa com as quais muitas vezes se deparará o administrador judicial, será necessário o concurso de auxiliares. Também neste caso, teria sido de melhor alvitre a dispensa da autorização do juiz, a quem cabe a permanente fiscalização das atividades do administrador judicial. Caso este vier a abusar do seu direito e efetuar contratações desnecessárias, poderá ser destituído com a perda de sua remuneração (art. 24, § 3.º), sujeitando-se, ainda, a indenizar a empresa em recuperação ou a massa falida, pelos prejuízos que tiver causado em virtude de contratações desrazoadas ou desnecessárias.

A responsabilidade do administrador judicial será determinada pelo juiz no julgamento de suas contas, inclusive sendo permitidos a decretação da indisponibilidade e do sequestro dos seus bens (art. 154, § 5.º).

92.9 *Manifestação nos casos previstos na Lei*

Entre as diversas incumbências a cargo do administrador judicial, ele será chamado frequentemente para manifestar-se a respeito de assuntos relacionados com o andamento dos processos de recuperação judicial ou da falência. Entre estes se contam, por exemplo, os casos da impossibilidade de ser alcançada maioria em deliberações do Comitê de Credores (art. 27, § 2.º); resposta na interpelação feita sobre o cumprimento de contratos (art. 117, § 2.º); decisão sobre a forma de alienação do ativo (art. 145, § 3.º, etc).

93. Inc. II - Na recuperação judicial

93.1 *Fiscalização das atividades do devedor e do cumprimento do plano de recuperação judicial e requerimento da falência*

Tal como ocorria no regime da antiga concordata, o devedor mantém a administração da empresa durante a recuperação judicial. Neste caso o administrador judicial exercerá funções equivalentes às do comissário da concordata, com as devidas alterações estabelecidas na presente Lei.

A fiscalização das atividades do devedor será, portanto, um dos papéis principais a serem exercidos pelo administrador judicial, de maneira a que efetivamente venha a ser cumprido o plano de recuperação judicial. Este resultado é imprescindível para a consolidação do novo instituto como instrumento apto a substituir a concordata por todos os efeitos de que sempre foi acusada. E, como se verifica da leitura do § 1.º do art. 61, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação deverá levar a sua convocação em falência, medida a ser obrigatoriamente requerida pelo administrador judicial.

No momento oportuno deverá ser abordada a questão da interpretação do aludido art. 61, § 1.º, tendo em conta a sua extrema rigidez, podendo-se pensar em não se determinar a falência de imediato quando tratar-se do descumprimento de obrigações que não venham a ser consideradas absolutamente essenciais ao sucesso do plano de recuperação, as quais estarão contadas como de natureza acessória.

93.2 *Apresentação de relatório mensal das atividades do devedor e relatório sobre a execução do plano de recuperação*

Trata-se de atribuição decorrente do direito de fiscalizar, a qual terá em vista, principalmente, as atividades comissivas ou omissivas gerais do devedor, no primeiro caso, e daquelas especificamente ligadas ao cumprimento do plano de recuperação, no segundo.

A exigência de um relatório mensal a ser apresentado ao juiz em processos de grande porte poderá apresentar o efeito negativo de desviar a atenção do administrador judicial de outras tarefas, podendo tornar mais moroso o seu andamento.¹¹⁹

Estranha-se a utilidade do relatório previsto na alínea *d. supra*, uma vez que ele será apresentado somente após o juiz haver decretado por sentença o encerramento da recuperação judicial por terem sido cumpridas todas as obrigações nele previstas, conforme disposto no art. 61 da Lei.

¹¹⁹ Veja-se a este respeito, PERIN JUNIOR, Ecio. O administrador e o comitê de credores, p. 184.

A não observância das presenças determinadas legais (dentro da periodicidade exigida e em relação ao conteúdo necessário) deverá acarretar a destituição do administrador judicial falto.

94. Inc. III - Na falência

94.1 *Aviso aos credores do lugar e hora em que terão à sua disposição os livros e documentos do falido*

Evidentemente, cabendo aos credores o direito de acesso a tais documentos, será necessário estabelecer-se alguma ordem para tal finalidade, sob pena de ficar tumultuada a realização dos trabalhos a cargo do administrador judicial porque ele mesmo precisará utilizar tais elementos no desempenho de suas funções.

Veja-se que esta prerrogativa deverá estar diariamente ao alcance dos credores.

Seja ressaltado que, na forma do art. 191, não somente deve ser feita a publicação de que se trata na imprensa oficial, como também em jornais ou revistas de circulação regional ou nacional, bem como em quaisquer outros periódicos que circulem em todo o País, desde que a massa falida possa comportar tais despesas e elas sejam de interesse dos credores.

94.2 *Exame da escrituração do devedor*

A partir do exame em causa, o administrador judicial tomará conhecimento da situação do devedor, sob os ângulos patrimonial e financeiro, bem como levantará importantes elementos para o exercício de sua fiscalização. Conforme se verificou acima, os livros e documentos contábeis do devedor farão prova para todos os efeitos da falência, a favor e contra o devedor. A simples inexistência de alguns ou de todos os livros obrigatórios e omissões relativas a lançamentos que deveriam ter sido feitos serão fatos imputados contra o devedor, pela configuração de crimes falimentares, tal como previsto, por exemplo, no art. 168 desta Lei.

94.3 *Representação judicial da massa falida*

Devendo zelar pelos interesses da massa falida, o administrador judicial deverá defendê-la em todos os processos nos quais for autora ou ré (que deve relacionar), observando as regras que estabelecem o *juízo universal relativo*, conforme previsto nos arts. 76 e 6º desta Lei.

Em todas as ações anteriores à decretação da falência e que sejam de interesse da massa, a intimação do administrador judicial apresenta-se como obrigatória sob pena de nulidade do processo (art. 76, parágrafo único).

94.4 *Recepção da correspondência dirigida ao devedor*

É muito comum que o devedor empresário ou os administradores da sociedade empresária, bem como seus empregados, indiquem os seus respectivos endereços para o fim do envio de correspondências de natureza particular. Nesses casos, o administrador fará a devida triagem, cuidando em não ultrapassar os limites da competência que

a Lei lhe outorgou. A correspondência de natureza pessoal, sem interesse para a massa, será entregue ao destinatário.

Na Lei atual foi dispensada a exigência existente no inc. II do art. 63 da Lei anterior, no sentido de que a abertura da correspondência em tela fosse necessariamente efetuada na presença do próprio devedor ou de pessoa por ele designada.

Veja-se que no texto acima o administrador judicial tem poderes para receber e abrir a correspondência que tenha sido enviada ao devedor, seja ele empresário, seja sociedade empresária. Desta forma, não cabe receber e abrir correspondências dirigidas a outras pessoas, conforme indicado nos envelopes ou pacotes correspondentes, que tenham sido enviadas para o mesmo endereço daqueles. A não observância deste cuidado poderá acarretar responsabilidades para o administrador judicial no plano da quebra do sigilo de correspondência.

94.5 *Apresentação de relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência*

Este relatório - de elevada e evidente importância -, corresponde ao primeiro dos *três grandes relatórios* como tais designados pela doutrina no direito anterior (art. 103 do Dec. lei 7.661/1945) para fins didáticos quanto à visão da estrutura então vigente.

A situação mais comum encontrada nos relatórios em causa relaciona-se com a prática de crimes falimentares, tributários, contra o Sistema Financeiro Nacional, de *lavagem de dinheiro*, contra o meio ambiente etc. Em tais circunstâncias, a intimação do Ministério Público do teor do relatório preparado pelo administrador judicial permitirá o desenvolvimento de investigações mais completas para os fins da competente denúncia criminal.

Os outros dois momentos marcantes do processo falimentar corresponderão ao do aviso sobre a alienação de bens (art. 142, § 1º da nova Lei); e o do relatório final (art. 155, também desta Lei), atos também de responsabilidade do administrador judicial.

Mesmo havendo a presente Lei admitido a possibilidade da prorrogação do prazo inicial para apresentação do relatório vertente para outro período igual (o que daria um total de 80 (oitenta) dias contados da assinatura do termo de compromisso pelo administrador judicial), pode-se esperar que ele será de obediência impossível no caso de grandes falências, nas quais as informações e documentos a serem processados alcançam grande volume e complexidade, e espalhados eventualmente por dezenas de estabelecimentos do devedor.

Nos casos acima, não terá o juiz como deixar de conceder prazos excepcionais, a seu critério, uma vez demonstrada a necessidade neste sentido pelo administrador judicial. Disto decorrerá uma desnecessária desmoralização do referido prazo, que poderia ter sido evitada pela outorga ao juiz de sua fixação segundo as justificadas necessidades de cada massa, no caso concreto, fixando-se as exigências de celeridade e de economia do processo falimentar, conforme previsto no art. 75, parágrafo único.

Observe-se, a propósito, que foi vetado o art. 4º desta Lei, segundo o qual:

"Art. 4º O representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência. Parágrafo único. Além das disposições previstas nesta

Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta.¹⁷⁴

Outra medida em que a Lei estabelece competência de atuação do Ministério Público tanto na recuperação judicial, quanto na falência em diversos pontos, ao menos o *caput* do art. 4.º continua substancialmente em vigor. Tão-somente ficou atlastada de forma direta a intervenção obrigatória daquele órgão nos processos de falência.¹⁷⁵ Disto resulta concluir, mais uma vez, pela falta de sistematização dos institutos da Lei em causa.

94.6 *Arrecadação dos bens e documentos do devedor; avaliação dos bens arrecadados; e contratação de avaliadores*

Os bens integrantes da massa falida servirão para pagar os credores, como se sabe. Dará a necessidade de sua arrecadação. A matéria será objeto de estudo mais aprofundado quando da análise dos arts. 108 e seguintes, onde se fala pormenorizadamente da arrecadação, da custódia e da avaliação dos bens do devedor.

Deve ser destacado que a contratação de avaliadores deverá ser feita sempre em relação a bens que não tenham preço conhecido no mercado, diferentemente do que acontece com veículos, por exemplo, cuja cotação é realizada por diversos órgãos da imprensa. Com esta providência, o administrador judicial estará dando plena transparência à forma como foi fixado o valor do ativo da massa falida e livra-se de eventuais problemas de responsabilidade.

Deverão ser escolhidos, de preferência, avaliadores oficiais, quando os houver, e sempre mediante autorização do juiz.

94.7 *Realização do ativo e pagamento dos credores*

Vender o ativo e pagar os credores da massa falida são tarefas que representam precisamente o objetivo do instituto da falência, a cargo do administrador judicial. Como novidade desta Lei encontra-se o enfoque primordial da preservação da empresa, do que decorre a adoção de mecanismos que não estavam presentes no sistema anterior, como se verá no seu tempo.

Os temas em pauta são objeto dos arts. 139 a 153 desta Lei, a serem oportunamente examinados.

94.8 *Requerimento da venda antecipada de bens perecíveis, deterioráveis ou sujeitos à considerável desvalorização ou de conservação arcaica ou dispendiosa*

O princípio fundamental regedor das funções do administrador judicial em relação aos bens da massa falida corresponde à otimização do preço que possam alcançar na sua venda, para melhor atender os credores. As situações previstas nesta alínea levam à perda integral de determinados bens ou a uma diminuição sensível do proveito para a massa na sua alienação.

Os conceitos de bens perecíveis ou deterioráveis devem ser tomados em um sentido econômico mais amplo. Um rebanho de bois de corte, por exemplo, deve ser abatido para venda da carne em um determinado período de sua vida, a fim que não haja prejuízo correspondente ao aumento desnecessário do preço de sua alimentação e, também, para a qualidade da carne. Segundo se sabe, frangos de corte devem ser abatidos até quarenta e cinco dias de vida, caso contrário, o lucro na sua venda começará imediatamente a decair, até chegar ao prejuízo. Em todos estes casos, bem como naqueles em que produtos hortifrutigrangeiros passam do ponto de consumo, deve ser requerida a sua venda antecipada.

O mesmo se diga em relação à desvalorização rápida que ocorre quanto a aparelhos eletro-eletrônicos, especialmente computadores e suas partes, considerando que os avanços da tecnologia os tornam superados em pequeno espaço de tempo.

A conservação arcaica será aquela que gerará despesas para tal finalidade que não garantirão a preservação do bem. Por sua vez, a conservação dispendiosa proporciona perdas contínuas e importantes para a massa falida que podem ser evitadas pela pronta venda dos bens nesta situação.

O art. 113 da Lei condiciona a venda de que se trata para um momento posterior à sua arrecadação e avaliação, mediante autorização judicial, ouvidos o Comitê de Credores e o falido, no prazo de 48 (quarenta e oito horas).

Deve-se entender que o administrador judicial não precisará encerrar a avaliação em relação a todos os bens de devedor. Na medida em que for se deparando com bens nas situações acima citadas, deverá tomar as necessárias providências para a sua venda antecipada.

O prazo de 48 (quarenta e oito) horas não deverá jamais ser ultrapassado por tolerância do juiz, ele mesmo condicionado a inumar o Comitê de Credores e o falido com a maior presteza possível.

94.9 *Prática de todos os atos conservatórios de direitos e ações e da cobrança de dívidas*

Suponha-se que a massa falida seja turbada na posse de algum bem. Neste caso o administrador judicial deverá adotar com urgências as medidas jurídicas necessárias à solução do problema. Deverá, por outro lado, substituir processualmente o devedor em todas as ações anteriormente intentadas de interesse da massa, zelando pelo seu bom andamento.

Não poderá o administrador judicial ser complacente com dívidas de terceiros para com a massa, cobrando-as dos devedores mediante a adoção das medidas necessárias. Pagas as dívidas de terceiros perante a massa, o administrador judicial deverá dar aos interessados a correspondente quitação.

94.10 *Remissão de bens apenados, penhorados ou legalmente retidos*

Considerada a existência de bens nas condições acima, o administrador judicial deverá fazer um juízo de valor sobre a conveniência de agir em tal sentido, tendo em vista a sua futura alienação em proveito da massa. Poderá acontecer que o custo das medidas em apreço não seja compensador, fato que deverá ser objeto do devido relatório. Na dúvida e para

¹⁷⁴

A respeito do importante papel desempenhado pelo Ministério Público no direito comparado, nos processos de recuperação de empresas e de falências, vide MOREIRA, Alberto Caminha. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público, p. 266 e ss.

afastar responsabilidades, o administrador judicial deverá apresentar a situação ao juiz, que deliberará a respeito. O critério sempre será o do benefício para a massa.

94.11 Representação da massa falida em juízo

Como se sabe, exceto em alguns casos excepcionais como ocorre nas causas sujeitas aos juzizados especiais, a representação em juízo é privativa do advogado. Se o administrador judicial não tem esta condição, lhe será necessário contratar os profissionais necessários para a defesa dos interesses da massa em juízo. Mesmo que o administrador judicial seja advogado, não convirá na maioria dos casos assumir a acumulação de funções para que não haja prejuízo no andamento das atividades a seu cargo.

Na nova Lei, conforme se observa, a aprovação dos honorários dos advogados da massa foi deslocada da pessoa do juiz para o Comitê de Credores que, desta forma, assume um papel diretamente relacionado com a defesa dos seus interesses, procurando melhor qualidade a menor preço.

94.12 Requerimento das medidas necessárias para o cumprimento da Lei, a proteção da massa ou a eficiência da administração

Trata-se de uma atribuição genérica que seria até mesmo desnecessária, considerando o dever de diligência que reveste a atuação do administrador judicial em todos os seus aspectos, podendo gerar responsabilidade nos planos da ação e da omissão.

94.13 Apresentação ao juiz de conta demonstrativa da administração

Trata-se de obrigação que já constava do direito anterior, sem qualquer modificação de fundo. A apresentação desta conta tem por objetivo manter devidamente informados os credores, o falido, o juiz e demais eventuais interessados a respeito do andamento financeiro da falência.

94.14 Entrega ao substituto de todos os bens e documentos da massa em seu poder

Tendo sido substituído por algum motivo, o administrador judicial deverá dar as condições ao seu substituto para assumir as funções correspondentes e desempenhá-las com eficiência. A inobservância desta obrigação acarretará a imputação de responsabilidade pelas perdas e danos causados à massa falida.

94.15 Prestação de contas ao final do processo, quando for substituído, destituído ou renunciar ao cargo

Considerando que o administrador judicial tem sob seu encargo interesses relevantes de terceiros, a ele caberá prestar as devidas contas de sua administração em qualquer das circunstâncias acima referidas, sob pena de vir a ser responsabilizado na forma do art. 23, abaixo comentado.

95. Contratação de auxiliares e sua remuneração

Evidentemente, conforme a complexidade e o porte dos processos em curso, os administradores judiciais para eles designados necessitarão compor um quadro de auxiliares

de sua confiança de acordo com as necessidades que se apresentarem e dentro das possibilidades da massa falida.

A Lei estabeleceu que a remuneração dos ajudados auxiliares será fixada pelo juiz dentro dos parâmetros de obediência necessária previstos no dispositivo ora comentado, devendo, portanto, ser conjugada a complexidade dos trabalhos e os preços de mercado correspondentes. A referência aos preços de mercado permitirá ao administrador judicial contratar profissionais de elevada qualidade, no interesse dos trabalhos a serem desenvolvidos. Evidentemente, quaisquer tentativas de abuso deverão ser objeto de recusa pelo juiz, o qual deverá rebaixar eventuais pretensões em tal sentido, para os efetivos níveis de mercado em cada caso concreto.

A escolha das pessoas a serem contratadas pela massa incumbe ao administrador judicial, mas o juiz deverá verificar se existe efetiva correspondência entre o perfil do candidato e as necessidades da função a ser exercida.

96. Transação sobre obrigações e direitos da massa falida e abatimento de dívidas

Na falência, o administrador judicial necessitará de autorização do juiz, após ouvidos o Comitê de Credores e o devedor, no prazo comum de 2 (dois) dias, para que possa transigir sobre obrigações e direitos da massa falida, bem como para conceder abatimento de dívidas. Estas condições devem ser observadas mesmo que se trate de créditos da massa considerados de difícil recebimento.

O texto não faz referência expressa, mas deve entender-se que o pedido de autorização feito pelo administrador judicial para uma das finalidades ali previstas deverá ser acompanhado pela justificação que julgar cabível.

De posse do pedido do administrador judicial, o juiz intimará o Comitê de Credores e o devedor para que respondam no exíguo prazo de dois dias (de forma que não haja maiores delongas no andamento do processo correspondente), vindo, em seguida a tomar a sua decisão a respeito.

Art. 23. O administrador judicial que não apresentar, no prazo estabelecido, suas contas ou qualquer dos relatórios previstos nesta Lei será intimado pessoalmente a fazê-lo no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de desobediência.

Parágrafo único. Decorrido o prazo do caput deste artigo, o juiz destituirá o administrador judicial e nomeará substituto para elaborar relatórios ou organizar as contas, explicitando as responsabilidades de seu antecessor.

HAROLDO MAHIEROS DUCLERC VERCOSA

A Lei procura estimular o cumprimento de obrigações fundamentais por parte do administrador judicial pelo estabelecimento de penalidades que culminarão com a sua destituição, na ausência do atendimento de suas determinações por aquele, fato do qual decorrerá a perda da remuneração a que teria direito, conforme determinado no parágrafo terceiro do art. 25.

O atraso na elaboração dos relatórios previstos nesta Lei causará grandes prejuízos aos credores, além de contribuir para o esvaziamento do objetivo geral de saneamento do mercado quanto a um empresário ineficiente.

Observa-se que, nos termos do art. 330 do Código Penal, a pena para a desobediência da determinação judicial é de detenção de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses e multa.

Art. 24. O juiz fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração do administrador judicial, observados a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes.

§ 1º Em qualquer hipótese, o total pago ao administrador judicial não excederá 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens na falência.

§ 2º Será reservado 40% (quarenta por cento) do montante devido ao administrador judicial para pagamento após atendimento do previsto nos arts. 154 e 155 desta Lei.

§ 3º O administrador judicial substituído será remunerado proporcionalmente ao trabalho realizado, salvo se renunciar sem relevante razão ou for destituído de suas funções por dolo, culpa, dolo ou descumprimento das obrigações fixadas nesta Lei, hipóteses em que não terá direito à remuneração.

§ 4º Também não terá direito a remuneração o administrador que tiver suas contas desaproovadas.

HAROLDO MATHIEROS DUCLERC VERGOSA

97. O valor e a forma da remuneração do administrador judicial

Há uma flexibilidade para a forma de pagamento da remuneração do administrador judicial, a ser estipulada pelo juiz.

No tocante ao montante da remuneração, a nova Lei quebrou o sistema do direito anterior, que previa limites por faixas de valor, ao lado do critério do cálculo sobre o produto dos bens ou valores da massa (vendidos ou liquidados) e do direito a uma comissão quanto aos bens que constituíam objeto de garantia.

O novo sistema mostra-se mais adequado ao estabelecimento de uma remuneração justa em favor do administrador judicial.

A fim de que os credores — os verdadeiros interessados na solução final de uma falência — não tenham os seus prejuízos agravados ainda mais pelo esvaziamento da empresa em recuperação ou da massa falida por despesas injustificadas, o legislador entendeu bem fixar o presente limite.

Nada impede, a exemplo da Lei anterior, que o juiz estipule o pagamento de uma parcela mensal ao administrador, a título de remuneração, desde que observe os parâmetros estabelecidos neste parágrafo e no que se lhe segue.

98. § 2º

Trata-se das atividades divididas em dois momentos: (i) a conclusão da realização de todo o ativo e a distribuição do produto aos credores; e (ii) a apresentação do relatório final pelo administrador judicial, com as suas contas aprovadas.

Diante das situações acima, o juiz deverá fazer o pagamento do saldo reservado pelo legislador, dividindo-o em duas parcelas em montantes que fixará a seu critério.

99. § 3º

Como se verifica, o pagamento da remuneração do administrador judicial está vinculado ao cumprimento de suas obrigações e à sua permanência até o final do processo. A renúncia sem justa causa e a desaprovação das contas são fatos que acarretarão a perda total da remuneração. No primeiro caso, a medida surge como um desestímulo a uma aventura para a qual o administrador judicial não se sintia inteiramente afeito, bem como dotado da vontade férrea de levar seu trabalho até o final.

No caso da não aprovação de contas, trata-se de uma penalidade extremamente importante, determinação que o juiz tomará ao verificar a culpa ou o dolo do administrador judicial no tratamento dos aspectos financeiros de sua atividade, até mesmo pelo desvio de valores e de bens em seu proveito pessoal, ou de terceiro com o qual esteja conluído.

Art. 25. Caberá ao devedor ou à massa falida arcar com as despesas relativas à remuneração do administrador judicial e das pessoas eventualmente contratadas para auxiliá-lo.

HAROLDO MATHIEROS DUCLERC VERGOSA

Não seria o caso de se agravar ainda mais a situação dos credores pela determinação no sentido de que, tanto na recuperação judicial, quanto na falência, seus créditos viessem a ser afetados de forma ainda mais grave pela determinação de que deveriam responder pelas remunerações citadas neste dispositivo.

Caso o devedor na recuperação judicial não tenha recursos para o pagamento em tela, revela-se a inviabilidade do projeto. Na falência, mostra-se que ela não poderá prosseguir, pois não haverá recursos para o seu custeio.

Verifica-se que, a propósito deste tema, a nova Lei apresenta uma lacuna por não haver adotado regra equivalente à do art. 75 do Dec.-Lei 7.661/1945. Naquela texto verifica-se que, não havendo o síndico encontrado, durante a arrecadação, bens suficientes para as despesas do processo, o fato seria levado ao conhecimento do juiz que o retransmitiria aos credores para que estes requeressem o que entendessem conveniente aos seus direitos.

Havia a possibilidade do adiantamento por parte dos credores para favorecer a continuação do processo de falência, despesas que seriam consideradas encargos da massa, ou seja, pagáveis à frente de todos os créditos. Na falta de interesse dos credores em tal sentido, seriam vendidos os bens eventualmente arrecadados, apresentando-se o devido relatório ao juiz.

Embora não previsto pela nova Lei, entende-se que não estaria vedado o adiantamento feito por credores, na esperança de eventuais recursos para a massa, originados de algum fato superveniente. Mas tal possibilidade revela-se tão improvável no regime da nova Lei quanto o foi no da anterior.

De qualquer maneira, o único resultado possível na situação da inexistência de bens estará no encerramento da falência.

Art. 26. O Comitê de Credores será constituído por deliberação de qualquer das classes de credores na assembleia-geral e terá a seguinte composição:

I - 1 (um) representante indicado pela classe de credores trabalhistas, com 2 (dois) suplentes;

II - 1 (um) representante indicado pela classe de credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais, com 2 (dois) suplentes;

III - 1 (um) representante indicado pela classe de credores quirografários e com privilégios gerais, com 2 (dois) suplentes.

§ 1º A falta de indicação de representante por quaisquer das classes não prejudicará a constituição do Comitê, que poderá funcionar com número inferior ao previsto no caput deste artigo.

§ 2º O juiz determinará, mediante requerimento suscitado por credores que representem a maioria dos créditos de uma classe, independentemente da realização de assembleia:

I - a nomeação do representante e dos suplentes da respectiva classe ainda não representada no Comitê; ou

II - a substituição do representante ou dos suplentes da respectiva classe.

§ 3º Caberá aos próprios membros do Comitê indicar, entre eles, quem irá presidir-lo.

HAROLD MALHEIROS DUCLERC VERCOSA

A Lei sob exame institucionalizou este órgão, de existência não obrigatória (vide art. 28), ao qual concedeu diversas funções nos processos de recuperação judicial e de falência. Conforme se verá abaixo, a sua função principal é a de fiscalização do andamento do processo, cabendo-lhe defender os interesses correspondentes.

Para Jairo Saddy, o Comitê de Credores é uma espécie de órgão auxiliar da Assembleia, existindo em razão exclusiva de determinação e deliberação desta.¹²¹

O Comitê de Credores será constituído por um representante e dois suplentes de cada uma das classes dos: (i) credores trabalhistas; (ii) credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais; e (iii), quirografários e com privilégios gerais. Como se verifica, a Fazenda Pública e os credores subordinados não fazem parte do Comitê de Credores.

A inexistência de um ou de dois representantes não prejudicará o funcionamento do órgão. Em uma situação limite ele poderá ser constituído tão-somente pelo representante de uma das classes, perdendo, portanto, a sua característica de comitê.

Uma vez deferido o processamento da recuperação judicial, os credores poderão, a qualquer momento, requerer a convocação de Assembleia Geral para a constituição do Comitê de Credores, ou para a substituição dos seus membros (art. 52, § 2.º da nova Lei).

Por sua vez, ao decretar a falência, o juiz poderá determinar a convocação da Assembleia Geral de Credores para a constituição do Comitê de Credores ou para a manutenção daquele que eventualmente funcionou durante o processo frustrado de recuperação da empresa (art. 99, XII).

Conforme se verifica, o Comitê de Credores não é órgão essencial de qualquer dos dois processos e também não é necessária a realização de Assembleia para a eleição do representante de uma determinada classe de credores e de seus suplentes. Para esta fina-

¹²¹ SADDI, Jairo. O comitê e a assembleia de credores na nova lei falimentar, p. 210.

lidade bastará apresentar ao juiz um requerimento que represente a maioria dos créditos de uma classe. Esta maioria é pelo valor dos créditos, conforme se verifica claramente da letra da Lei.

Havendo sido eleitos os representantes de pelo menos duas categorias de credores para a formação do Comitê, eles escolherão entre si quem será o seu presidente.

Art. 27. O Comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nesta Lei:

I - na recuperação judicial e na falência:

a) fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial;

b) zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei;

c) comunicar ao juiz, caso detecte violação dos direitos ou prejuízo aos interesses dos credores;

d) apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados;

e) requerer ao juiz a convocação da assembleia-geral de credores;

f) manifestar-se nas hipóteses previstas nesta Lei;

II - na recuperação judicial:

a) fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 (trinta) dias, relatório de sua situação;

b) fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial;

c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o atassamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de envolvimento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial.

§ 1º As decisões do Comitê, tomadas por maioria, serão consignadas em livro de atas, rubricado pelo juiz, que ficará à disposição do administrador judicial, dos credores e do devedor.

§ 2º Caso não seja possível a obtenção de maioria em deliberação do Comitê, o impasse será resolvido pelo administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, pelo juiz.

HAROLD MALHEIROS DUCLERC VERCOSA

100. Inc. I - Na recuperação judicial e na falência

100.1 *Fiscalização das atividades e exame das contas do administrador judicial. o cuidado com o bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei e comunicação ao juiz, da violação de direitos ou de prejuízos para os credores*

As três atribuições acima referidas colocam-se no plano do poder de fiscalização do qual é dotado o Comitê de Credores.

100.2 *Apuração das reclamações dos interessados*

Surgindo alguma reclamação de credor, caberá ao Comitê apurar os fatos e dar um parecer a respeito, que servirá de subsídio para o administrador judicial e para o juiz na solução da questão pendente.

100.3 *Requerimento da convocação da Assembleia-Geral de Credores*

A Lei não outorgou ao Comitê o poder de convocação de Assembleia-Geral de Credores. Esta competência pertenceu nas mãos do juiz.

100.4 *Manifestação nas hipóteses previstas na Lei*

Em momentos específicos do processamento da recuperação judicial ou da falência foi determinado ao Comitê que se manifeste em relação às matérias correspondentes. Isto se dá, por exemplo, na autorização para o cumprimento dos contratos bilaterais do falido (art. 117, *caput*) ou quanto à forma de alienação do ativo (art. 145, § 3.º).

101. Inc. II - Na recuperação judicial**101.1** *Fiscalização das atividades do devedor e da execução do plano de recuperação judicial*

Trata-se, mais uma vez, de atribuições exercidas no plano do poder de fiscalização. Verifica-se que a atuação do Comitê em tal sentido deve ser exercida de forma permanente, de maneira a que possa apresentar o relatório mensal exigido pela Lei, no qual se descreverá o comportamento do devedor no período, bem como o andamento do plano de recuperação.

101.2 *Alienação de bens do ativo permanente, constituição de ônus reais e outras garantias, bem como a realização de atos de envidadamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período antecedente à aprovação do plano de recuperação judicial*

De maneira geral, autorizado o processamento da recuperação judicial, o devedor continuará à frente da empresa. Mas a Lei estabelece, no art. 64, hipóteses em que deverá ser afastado, momento em que nasce para o Comitê de Credores, se em funcionamento, a competência prevista nesta alínea, que deve ser submetida à prévia autorização do juiz. A solução adotada pelo legislador tem em vista a necessidade de se dar continuidade ao plano de recuperação da empresa com o objetivo de salvá-la, dentro da linha adotada pela nova Lei.

101.3 *§ 1.º Decisões do Comitê de Credores, tomadas por maioria, serão consignadas em livro de atas, rubricado pelo juiz, que ficará à disposição do administrador judicial, dos credores e do devedor*

Para finalidade de prova e de fiscalização das atividades do Comitê de Credores, a Lei estabeleceu, como exigências formais, que suas decisões serão tomadas por maioria e consignadas em livro de atas apropriado, colocado à disposição do administrador judicial e do próprio devedor.

101.4 *§ 2.º Impasses no Comitê de Credores*

Apesar de poder ser formado o Comitê de Credores por representantes de até três classes diversas, as suas decisões envolvem todas as referidas classes unitariamente, por

meio de votação colegiada. Assim sendo, diante da impossibilidade de se alcançar a maioria necessária, a solução se desloca em primeiro lugar para decisão a ser tomada pelo administrador judicial e depois para o juiz, diante da eventual incompatibilidade daquele.

Art. 28. Não havendo Comitê de Credores, caberá ao administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, ao juiz exercer suas atribuições.

HAROLDO MALHEIROS DUCLEERC VERGOSA

Este fato ocorrerá como resultado do desinteresse dos credores em criar tal órgão, caso em que, pela ordem, suas funções se deslocam para o administrador judicial e para o juiz, conforme visto acima.

A incompatibilidade do administrador judicial para o exercício das funções correspondentes dar-se-á, por exemplo, em situações de conflito de interesse no caso em que for necessário um parecer sobre um crédito em relação ao qual o titular seja ele próprio.

Art. 29. Os membros do Comitê não terão sua remuneração custeada pelo devedor ou pela massa falida, mas as despesas realizadas para a realização de ato previsto nesta Lei, se devidamente comprovadas e com a autorização do juiz, serão ressarcidas atendendo às disponibilidades de caixa.

HAROLDO MALHEIROS DUCLEERC VERGOSA

O exercício das atividades do Comitê de Credores é gratuito, não vindo a onerar o devedor em processo de recuperação ou a massa falida. Trata-se de uma contribuição pessoal não remunerada aquela exercida pelos membros do Comitê na busca da recuperação da empresa (que irá beneficiar a todos os atingidos por algum dos dois processos) ou no melhor resultado que seja possível alcançar para a massa falida, com diminuição dos prejuízos.

Na circunstância de ser necessária a realização de alguma despesa como condição para o exercício das atribuições do Comitê de Credores, ela deverá ser ressarcida, mediante a devida comprovação e a necessária autorização do juiz, dentro das disponibilidades de caixa.

Art. 30. Não poderá integrar o Comitê ou exercer as funções de administrador judicial quem, nos últimos 5 (cinco) anos, no exercício do cargo de administrador judicial ou de membro do Comitê em falência ou recuperação judicial anterior, foi destituído, deixou de prestar contas dentro dos prazos legais ou teve a prestação de contas desaprovada.

§ 1.º Ficará também impedido de integrar o Comitê ou exercer a função de administrador judicial quem tiver relação de parentesco ou afinidade até o 3.º (terceiro) grau com o devedor, seus administradores, controladores ou representantes legais ou deles for amigo, inimigo ou dependente.

§ 2.º O devedor, qualquer credor ou o Ministério Público poderá requerer ao juiz a substituição do administrador judicial ou dos membros do Comitê nomeados em desobediência aos preceitos desta Lei.

§ 3.º O juiz decidirá, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sobre o requerimento do § 2.º deste artigo.

HAROLDO MALHEIROS DUCLEERC VERGOSA

102. § 1.º Condições para o exercício do cargo de administrador judicial e de membro do Comitê de Credores

Evidentemente essas vedações atingem pessoas que não exerceram com o necessário zelo as mesmas atribuições de administrador judicial ou as de membro do Comitê de Credores em processos similares, tendo em vista a necessidade de que tanto a recuperação da empresa quanto a falência sejam dirigidas por pessoas absolutamente idôneas.

Deve-se entender que tais proibições atingem as pessoas que, no regime da Lei anterior, hajam sido destituídas do cargo de síndico ou de comissário.

Mais uma vez coloca-se aqui o valor que o legislador estabeleceu em relação à isenção necessária de que devem se revestir o administrador judicial e os membros do Comitê de Credores em relação às atividades correspondentes, perseguindo as situações de conflito de interesse.

103. § 2.º Competência para o requerimento de substituição do administrador judicial ou de membro do Comitê de Credores

Nos casos em que o juiz tiver sido levado a erro e nomeado um administrador judicial ou membros do Comitê de Credores em desobediência às determinações legais, a Lei concedeu competência aos interessados para requererem a substituição cabível, a qual deverá ser devidamente justificada. No caso do Ministério Público, sua atuação se dá na qualidade de fiscal da lei.

Verifique-se, a propósito, que, à luz do § 3.º do art. 24 desta Lei, não se trata aqui de substituição, mas de verdadeira destituição. No caso do administrador judicial, este deverá perder a remuneração correspondente, pois sua nomeação não se revestiu de validade.

104. § 3.º Prazo para a decisão da substituição de administrador judicial ou de membro do Comitê de Credores. Defesa dos interessados

Tendo sido encaminhado ao juiz pedido de substituição do administrador judicial ou de membro do Comitê de Credores na forma do parágrafo anterior, deverá o juiz tomar decisão a respeito no prazo de vinte e quatro horas, não prevista a defesa do acusado. No entanto, em atendimento ao princípio constitucional do contraditório, deveria ser dada oportunidade de defesa à pessoa acusada, dentro do mesmo prazo. A falta de previsão neste sentido acarretará discussões judiciais por quebra do inc. LV do art. 5.º da Constituição Federal que prevê o direito ao contraditório e à ampla defesa *aos acusados em geral*.

No regime do Dec.-lei 7.661/1945, a destituição do síndico pelo juiz somente se daria sem que este pudesse previamente defender-se no caso em que excedesse os prazos combinados na Lei para a sua atuação ou manifestação. Isto porque, no caso, sua negligência já estaria demonstrada pelo simples transcurso dos prazos em questão (art. 66, *caput* e § 1.º). O mesmo se dava quanto ao comissário na concordata por força do disposto no art. 171 da Lei anterior.

O prazo de vinte quatro horas é exiguo, mas assim regularmente estabelecido, para que uma pessoa proibida de exercer funções à frente de uma empresa em recuperação judicial, ou da massa falida, não continue a fazê-lo, senão pelo tempo absolutamente necessário ao estudo da questão, de forma a não se tolher a necessária celeridade que deve caracterizar tanto o processo de recuperação judicial quanto o de falência.

A Lei não indicou os caminhos a serem tomados pelos interessados, no caso em que o juiz negue a atender ao pedido de substituição. Também não ficou esclarecido se, dando-se a substituição, a pessoa substituída teria direito a alguma medida de defesa objetivando a sua recondução à função anteriormente exercida. Deve-se entender que qualquer interessado poderá interpor um agravo contra a decisão do juiz, seja a favor ou contra a destituição pretendida ou efetuada, na forma do art. 522 do CPC. O problema é que o agravante tem o prazo de dez dias para tomar iniciativa neste sentido, o qual se verifica incompatível com a estrutura da Lei sob comentário.

Suponha-se, por outro lado, que a decisão do juiz em favor da substituição revele-se infundada à luz das provas trazidas pelo interessado, conforme o julgamento do agravo por ele interposto. Em regra deveria a pessoa indevidamente acusada ser reconduzida à função da qual foi injustamente dispensada. No entanto, este fato prejudicaria sensivelmente o processo em curso, principalmente quando se tratar do administrador judicial, pois acarretaria uma indesejável nova mudança na administração, com prejuízo para a continuidade do trabalho que vinha sendo exercido pelo substituto.

Veja-se do lado do administrador injustamente substituído, que ele veio a perder em consequência deste fato a remuneração a que teria direito ao final do processo.

Diante do exposto, duas soluções são possíveis: (i) recondução do administrador judicial, com o direito ao recebimento da remuneração calculada proporcionalmente ao tempo anterior à substituição e ao que viesse a exercer depois do seu retorno; ou (ii) recebimento de indenização equivalente ao prejuízo por ele sofrido, a cargo de quem injustamente o ofendeu, na forma do art. 186 do novo Código Civil. Esta última solução, que melhor atenderia os interesses gerais em jogo, apresentaria freqüentemente o problema da incapacidade de pagamento da indenização por parte de quem deu causa a uma substituição injusta.

A substituição injusta de membro do Comitê de Credores traria efeitos menos graves para o acusado, uma vez que os membros daquele órgão não são remunerados. No entanto, existiria dano moral, a ser devidamente reparado por quem lhe deu causa.

Art. 31. O juiz, de ofício ou a requerimento fundamentado de qualquer interessado, poderá determinar a destituição do administrador judicial ou de quaisquer dos membros do Comitê de Credores quando verificar desobediência aos preceitos desta Lei, descumprimento de deveres, omissão, negligência ou prática de ato lesivo às atividades do devedor ou a terceiros.

§ 1.º No ato de destituição, o juiz nomeará novo administrador judicial ou convocará os suplentes para recompor o Comitê.

§ 2.º Na falência, o administrador judicial substituído prestará contas no prazo de 10 (dez) dias, nos termos dos §§ 1.º a 6.º do art. 154 desta Lei.

HAROLDO MALHEIROS DECLERC VERGOSA

Mais uma vez nota-se a ausência de previsão do direito de defesa por parte da pessoa acusada de qualquer dos fatos previstos na norma ora examinada. Como a decisão do juiz deverá ser devidamente fundamentada, a fim de não se caracterizar como um ato arbitrário, caberá o direito de defesa à pessoa assim destituída. A este respeito devem ser tomadas em consideração as mesmas observações logo acima efetuadas.

A substituição não retira do administrador judicial substituído o direito à remuneração proporcional. No entanto, o seu pagamento ficará na dependência da aprovação de suas contas, nos termos dos §§ 3.º e 4.º do art. 24 desta Lei.

Art. 32. O administrador judicial e os membros do Comitê responderão pelos prejuízos causados à massa falida, ao devedor ou aos credores por dolo ou culpa, devendo o responsável em deliberação do Comitê consignar sua discordância em ata para eximir-se da responsabilidade.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERCOSA

Verifica-se quão delicada é a situação do administrador judicial e dos membros do Comitê de Credores tendo em vista esta eventual responsabilidade patrimonial, deteminada por atos ou omissões originados de dolo ou culpa.

Quando ao administrador judicial de empresa em processo de recuperação, esta condição é particularmente problemática, tendo em vista as decisões que deve tomar na execução do plano que foi aprovado, as quais apresentam o risco de perdas financeiras que deverão ser-lhe imputadas, bastando para isto ficar caracterizada culpa nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia. Ora, a atividade empresarial é essencialmente de risco já na vida normal da empresa, quanto mais quando se trata de um processo de recuperação judicial, cheio de maiores obstáculos.

Assim sendo, o exame da presença de dolo ou de culpa pelo Judiciário nos casos correspondentes a este dispositivo deverá ser feito "*cum grano salis*", sob pena de se praticar injustiças e de esvaziar o interesse pelo exercício da função de administrador judicial e de membro do Comitê de Credores. Estará o juiz preparado para colocar-se no lugar de qualquer deles e ponderar a respeito de uma decisão que foi tomada ou de um ato que foi adotado em um momento determinado no passado, diante de circunstâncias então eventualmente prementes, a fim de fazer o julgamento justo? É de duvidar-se.

Art. 33. O administrador judicial e os membros do Comitê de Credores, logo que nomeados, serão intimados pessoalmente para, em 48 (quarenta e oito) horas, assinar, na sede do Juízo, o termo de compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo e assumir todas as responsabilidades a ele inerentes.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERCOSA

A imediata formalização da posse é necessária para que o processo correspondente tenha o seu curso otimizado, sem prejuízo para os interessados.

Art. 34. Não assinado o termo de compromisso no prazo previsto no art. 33 desta Lei, o juiz nomeará outro administrador judicial.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERCOSA

Verifica-se que o prazo é de decadência e pergunta-se porque o dispositivo em questão não fez referência também ao membro do Comitê de Credores. Aplicando-se o princípio da analogia, o resultado será o mesmo.

Seção IV

Da assembleia-geral de credores

ERASMO VALLADÃO A. E. N. FRANÇA

A seção IV, do Capítulo II, da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (doravante apensas Lei 11.101) cuida da Assembleia-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 assembleia 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 Assembleia é órgão da comunidade de credores

A idéia de órgão está vinculada à de *interesse comum* ou *coletivo* – interesse que explica, segundo Carnevali, 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.¹²² A Assembleia-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*¹²³ – esta é a função que a lei lhe

¹²² O autor agradece as críticas e sugestões feitas pelo amigo de todas as horas, Dr. Edmar de Andrade Nunes Pereira Neto, sobretudo acerca das hipóteses de conflito de interesses, pelos também prezados amigos, Drs. Cláudio Rangel Dinamarco, José Alexandre Favres Guenther, José Rogério Cruz e Trucci e pelo seu orientando, Dr. Marcelo Vieira von Adamek, a este último notadamente sobre a interpretação dos arts. 36, *caput*, 39, § 2.º, e 43. Os erros e as omissões, todavia, são de responsabilidade exclusiva do autor.

¹²³ *Sistema di diritto processuale civile*, t. p. 12, n. 3. V., outrossim, *Teoria generale del diritto*, p. 11-12.

¹²⁴ 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, Sant. *Framenti 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 deveras controvertida. Há quem diga, com base na doutrina francesa mais antiga, que se trataria de um estado de associação (nesse sentido, LACERDA, J. C., *Sampulho de. Manual de direito falimentar*, p. 173, o que parece inaceitável, sobretudo se se considerar que a associação é uma unidade – voluntária, por certo – de pessoas que se organizam para fins não econômicos (art. 53 do CC). De sociedade igualmente não se cuida, falando, 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

comete. O interesse individual dos credores, tutelado no procedimento concursal, é o recebimento de seus créditos de acordo com o princípio da *pari conditio creditorum*.¹²⁴ 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* e *c*/27, D), 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.

106. A Assembléia é órgão que expressa a vontade coletiva da comunidade 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 previsto pela Lei 11.101 para formar e expressar a *vontade coletiva* da comunidade de credores,¹²⁵ através das suas *deliberações*. Exerce, assim, *poder-julgão* deliberante. Mas, como bem observa Wiedemann,¹²⁶ enquanto no indivíduo a formação e expressão da von-

de direito, sustentada por alguns autores (v. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, p. 160), também sou 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 comunidade sobre os bens do devedor também é afastada, eis que “sujeito dos direitos sobre os bens do patrimônio continua o devedor falido. Não os perde. 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 comunidade 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. E licito falar, assim, em uma comunidade *de interesses* entre os credores. Conforme for, essa comunidade não tem, na Lei 11.101, um caráter estável, como ocorre, por exemplo, com a comunidade dos debenturistas, na Lei de SA, 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 Favares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. 1, p. 366-367).

124 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 contrato, possa beneficiar-se de ato previsto no caput deste artigo.”

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

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

tade – a decisão (*Entscheidung*) 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 licção plenamente aplicável à hipótese de uma comunidade 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 deve 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.”¹²⁷ A vontade coletiva da comunidade de credores, portanto, só pode ser *validamente* exprimida uma vez seguido o *procedimento* – seqüência preordenada de atos – estabelecido na lei.

107. 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).

108. 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

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

devedor (art. 56, *a contrario sensu*), poderá a Assembleia jamais chegar a ser convocada. As hipóteses em que há convocação da Assembleia-Geral dos Credores estão previstas nos arts. 26 *e/c* 52, § 2.º, 35; 52, § 4.º, 56; 65 e § 2.º, 72, *a contrario sensu*; 73, I; 99, XIII e 145. Não há convocação de Assembleia 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*).

109. Invalidez (*lato sensu*) da Assembleia-Geral de Credores

Como tudo o que diz respeito à problemática questão da invalidade da Assembleia 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 assembleia 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 regulamentação da matéria seja na parte geral, seja na Intelig. parte societária do novo Código Civil, que deve ser aplicado subsidiariamente, as dificuldades trazidas ao intérprete são quase intranponíveis.

109.1 Inexistência e ineficácia

Pelas razões que expendemos em obra anterior,¹²⁸ inclinamo-nos a rejeitar a categoria da *inexistência* da assembleia e das suas deliberações, por entender que a categoria da *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 inaplicação do ato jurídico, de 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 consistam.¹²⁹ Imagine-se a hipótese de ser aprovada 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 (§ 2.º do art. 50). Do contrário, a deliberação pode até ser válida, mas é ineficaz.¹³⁰ A tutela processual da ineficácia, esclareça-se, é meramente *declaratória*.¹³¹

109.2 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. 170 a 182, todos do Código Civil, sendo a consequência de ambos os vícios idêntica: “Anulado o negócio jurídico”, diz o art. 182,

¹²⁸ Cf. o nosso *Invalidade das deliberações de assembleia das SA*, p. 78-85.

¹²⁹ Sobre ineficácia do voto e de deliberações societárias, v. o nosso *Invalidade das deliberações de assembleia das SA*, p. 111-113 e 117.

¹³⁰ 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).

¹³¹ Cf. ASCARELLI, Tullio, *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, p. 401.

“restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam e, não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o equivalente”. Mas, enquanto a nulidade é impresscritível (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*.

109.3 Vícios do voto, vícios das deliberações e vícios da Assembleia

Há que distinguir, nessa matéria, três diferentes espécies de vício, com consequências também diversas: a) *vícios da própria Assembleia* – que pode ter sido irregularmente convocada (ou mesmo, não convocada)¹³² ou instalada, hipótese em que a sua invalidação terá como consequência, obviamente, a invalidade de todas as deliberações que nela forem tomadas;¹³³ b) *vícios das deliberações* – nessa hipótese, o vício de uma das deliberações 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.¹³⁴ São completamente diversos, pois, os vícios em questão.¹³⁵

109.3.1 Vícios do voto

O voto é *declaração de vontade*,¹³⁶ 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 a hipótese de violação de proibição de voto, prevista no art. 1.074, § 2.º, por força do disposto no art. 166, VIII), ou de anulabilidade (art. 171 do CC). A invalidade do voto, reitere-se, somente acarretará a invalidade da deliberação da assembleia se for determinante para a formação da maioria.¹³⁷ Não há confundir, outrossim, o regime de invalidade do voto com

¹²⁹ 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 assinou formalmente, não comparece e a Assembleia se realiza, será ela viciada por *ausência* de convocação regular.

¹³⁰ Há determinados vícios de assembleia, porém, que não trazem essa consequência. A deliberação sobre matéria não constante da ordem do dia, por exemplo, por alguns classificada como vício de assembleia, 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 assembleia em nosso *Invalidade das deliberações de assembleia das SA*, p. 91 e 92.

¹³¹ Essa verificação é que se denomina, na doutrina, de “prova de resistência” da deliberação (cf. o nosso *Invalidade das deliberações de assembleia das SA*, p. 85, nota 45).

¹³² 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).

¹³³ Cf. SCHMIDT, Karsten, *Direito societário (Gesellschaftsrecht)*, p. 436-438.

¹³⁴ Isso ocorre, segundo alguns, por força da aplicação do princípio *nulle per inutile non vitatur*, previsto no art. 184 do CC atual (art. 155 do CC de 1916), mas v. a penitente crítica de ASCARELLI

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. Escondido esse prazo, a declaração de nulidade do voto ou a decretação de sua anulabilidade não poderá mais afetar a deliberação.¹⁸⁸

109.3.1.1 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).¹⁸⁹ A Lei 11.101, infelizmente, não trata da matéria. E não faltam hipóteses em que o interesse individual de determinado credor poderá ser substancialmente conflitante¹⁹⁰ com o da coletividade, a exigir a anulação da deliberação. Imagine-se, por exemplo, que a credora seja uma indústria automobilística interessada na falência do devedor, seu concessionário, para passar a concessão a outrem; ou que a credora seja uma empresa interessada na falência de seu agente ou distribuidor (art. 710 do CC), igualmente para transferir a outrem a agência ou distribuidor de seus produtos; ou ainda, que a empresa credora tenha interesse na falência de seu devedor simplesmente por ser sua concorrente. Nesses casos, o voto desses credores na Assembleia-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 comunidade 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.¹⁹¹ Se o plano de recuperação judicial for inviável, é absolutamente legítimo que o credor vote pela sua desaprovção, no intuito de evitar mais prejuízos ainda. A recuperação judicial não é um valor absoluto, como lembrado alhures.¹⁹² 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

¹⁸⁸ a respeito (ASCARELLI, Tullio, *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, p. 390, nota 44).

¹⁸⁹ 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.

¹⁹⁰ 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 e 75.

¹⁹¹ 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 CVN que publicamos na RDM 128/225 sob o título: “Conflito de interesses: formal ou substancial?”.

¹⁹² As duas únicas hipóteses de proibição de voto, previstas no Código Civil, 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).

¹⁹³ COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, vol. 3, p. 382-383. Em outra passagem, anota: “Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insustentáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores (Lynn Lo Puckel, apud Jordan-Warren, 1983:657)” (idem, p. 234).

uma espécie de abuso do direito de voto¹⁹⁴ – destina-se a proteger o interesse do grupo, sendo assim aplicável tanto ao voto da maioria como ao da minoria.¹⁹⁵

109.3.2 Vícios das deliberações

A deliberação de assembléia é manifestação de vontade coletiva (é um *acto colectivo* – *Gesamtakt*), não sendo considerada, por muitos autores, como um negócio jurídico.¹⁹⁶ Mesmo aqueles que não conungam dessa idéia, concedem, entretanto, que se trata de um negócio jurídico de natureza especial, ao qual não se aplica inteiramente a disciplina das invalidades, prevista nos arts. 166 e seguintes, do Código Civil.^{196 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 ao art. 42 da Lei 11.101*, que exige aprovação das propostas por maioria. Anulado o voto decisivo, *cui 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 Assembleia-Geral não serão *invalidadas*...” (§ 3.º do art. 39); “No caso de posterior *invalidação* de deliberação da assembléia...” (§ 2.º do art. 39). De sua parte, o Código Civil não contém, incompreensivelmente, 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.¹⁹⁷ 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.¹⁹⁸ 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 di-

¹⁹⁴ Cf. GALGANO, Francesco, *Il nuovo diritto societario*, p. 233.

¹⁹⁵ V. o nosso *Conflito de interesses nas assembleias de S/A*, p. 65 (in fine)-67.

¹⁹⁶ V. sobre a classificação das deliberações de assembléia, o nosso *Invalidade das deliberações de assembleia das S/A*, p. 41-52. Cf. ainda SCHMIDT, Karsten, *Direito societário (Gesellschaftsrecht)*, p. 436.

¹⁹⁷ V. ASCARELLI, Tullio, *Rivista delle Società*, 1956, vol. 1, p. 104-105, e SCHMIDT, Karsten, *Diritto societario (Gesellschaftsrecht)*.

¹⁹⁸ Regras semelhantes colhem-se no § 3.º, do art. 134, e no art. 286 da Lei de S/A.

¹⁹⁹ 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”.

versos 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.¹⁴⁹

109.3.2.1 Mérito das deliberações – O juiz exerce um controle de legalidade ou legitimidade das deliberações da Assembleia, não um controle de mérito.¹⁵⁰ 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.

109.3.2.2 Prazo para anulação – Qual o prazo para requerer a anulação das deliberações? Deve-se recorrer ao disposto no art. 179 do Código Civil: “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 junta 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 *decalência* (art. 178, *caput*, c/c art. 179 do Código Civil). Tal prazo, de 2 anos, como já tivemos oportunidade de observar com relação às deliberações societárias,¹⁵¹ está em aberta dessintonia com a maioria das legislações contemporâneas, e é, por idênticas razões – a necessidade de estabilidade das deliberações assembleares –, insuportavelmente longo para requerer a anulação das deliberações das assembleias de credores. Deveria ser de 30 ou 60 dias, no máximo.

109.3.3 Vícios da Assembleia

Fiquemos naqueles que acarretram 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 atetará: nulidade ou anulabilidade? Vejamos, 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 solemnidade que a lei considere essencial para a sua validade”. Talvez se possa argumentar que a solemnidade 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 Código Civil), corre-se o risco de a recuperação judicial ou a fi-

lência sejam 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...¹⁵² 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.

109.4 Legitimação para agir

109.4.1 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.¹⁵³ Também está legitimado a propor a ação anulatória, a nosso ver, o credor sem direito de voto, se lhe somerge 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).¹⁵⁴ O Ministério Público, em ocorrendo eventual 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 110.] acima.

109.4.2 Legitimação passiva

A legitimada passiva para as ações relativas à invalidade ou ineficácia da Assembleia e suas deliberações, na falência, é a *coletividade dos credores* (massa falida subjetiva), representada pelo administrador judicial (art. 22, III, *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 credo-

¹⁴⁹ 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 das deliberações das assembleias das companhias, v. o nosso *Invalidez das deliberações de assembleia das S/A*, p. 97-111; sobre as de ineficácia, v. p. 111-113.

¹⁵⁰ Cf. o nosso *Conflito de interesses nas assembleias de S/A*, p. 45-47, V, outrossim, GALGANO, FRANCESCO, *Il nuovo diritto societario*, p. 232.

¹⁵¹ 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 “Lincimentos da reforma societária do direito italiano em matéria de invalidade das deliberações assembleares”, especialmente p. 13, nota 3.

¹⁵² 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.

¹⁵³ 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 coeto, ou pelo incapaz, tenha contribuído, de forma decisiva, para a formação da maioria.

¹⁵⁴ 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.