

ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA

**TEMAS DE DIREITO
SOCIETÁRIO, FALIMENTAR
E TEORIA DA EMPRESA**

qüente ou daí a alguns dias, conforme deliberar a própria assembléia, independentemente de nova convocação.²⁸

II. Direito de voto

Nos termos do art. 39, *caput*, conforme a fase em que estiver o processo, terão direito de voto, respectivamente, os credores constantes da primeira relação de credores (art. 52, § 1º, II, e art. 99, parágrafo único, c/c o art. 107); da segunda relação (art. 7º, § 2º), que, se não impugnada, valerá como quadro-geral de credores (art. 14); ou da última relação, que constitui a consolidação do quadro-geral de credores (art. 18). Também terão direito de voto, de acordo com o mesmo dispositivo (art. 39, *caput*), os credores que estiverem habilitados ou que tiverem créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, por ocasião da realização da assembléia. Com efeito, permite o parágrafo único do art. 17 que, na hipótese de ter sido rejeitada sua habilitação ou impugnação pelo juiz, pleiteie o credor recorrente, ao relator do recurso – que é o de agravo, cf. art. 17 –, seja determinada a inscrição ou modificação do valor ou classificação do seu crédito, “para fins de exercício de voto em assembléia-geral” (parágrafo único do art. 17). Concedida antecipadamente a tutela recursal nessa hipótese, portanto, o credor poderá exercer o direito de voto no conclave. Também os credores de quantia ilíquida, desde que tenham obtido reservas (§ 1º, c/c o § 3º, do art. 6º), poderão participar da assembléia, sendo seu voto computado, naturalmente, pelo valor estimado pelo juiz (§ 3º do art. 6º). Terão direito de voto, por fim, os titulares de créditos retardatários *derivados da relação de trabalho* (§§ 1º e 2º do art. 10).

II.1 Exclusão do direito de voto. Direito de voz

Na recuperação judicial, com exceção dos titulares de créditos derivados da relação de trabalho, não têm direito de voto os credores retardatários (§ 1º do art. 10). O mesmo ocorre na falência, salvo se na data da realização da assembléia-geral já houver sido homologado o quadro-geral de credores contendo o crédito retardatário (§ 2º do art.

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

10). Os credores retardatários não terão direito de voto ainda que tenham obtido reserva de bens: “Terão direito a voto na assembléia-geral as pessoas (...) que tenham obtido reserva de importâncias, *observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei*” (art. 39, *in fine*). Também estão excluídos da votação os credores mencionados nos arts. 39, § 1º, 43 e parágrafo único e 45, § 3º. Aos credores excluídos da votação, porém, a lei concede *direito de voz* (isto é, de participar *da discussão* das matérias submetidas a deliberação).

11.2 Peso do voto

Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial – e somente nessa hipótese – a proposta deverá ser aprovada, na classe dos titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho (art. 41, I), pela maioria simples dos credores presentes, ou seja, *por cabeça* (*one man, one vote*), independentemente do valor de seu crédito (§ 2º do art. 45). Nas demais deliberações, de acordo com o art. 38, o voto será *proporcional ao valor do crédito*. No tocante aos créditos em moeda estrangeira, e para fins exclusivos de votação em assembléia-geral, dispõe o parágrafo único do art. 38 que o crédito será convertido para a moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de realização da assembléia. Como se sabe, porém, a moeda estrangeira tem um valor de venda e um valor de compra. Entendemos que o câmbio deverá ser calculado, salvo diversa estipulação no contrato, pelo *valor de venda*, que é o valor, afinal, que servirá para saldar a dívida. Na falência, por sua vez, a conversão se faz pelo câmbio da data da decisão que a decretar, “para todos os efeitos desta Lei” (art. 77).

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

Conforme se viu mais acima, a assembléia-geral dos credores, segundo a regra geral prevista no art. 41 e seus incisos, compõe-se das seguintes classes: (i) titulares de créditos decorrentes da legislação do trabalho ou da de acidentes do trabalho; (ii) titulares de créditos com garantia real; e (iii) titulares de créditos com privilégio especial, com privilégio geral, quirografários e subordinados. Quando há votação por classe (v., acima, quóruns de instalação e deliberação), os titulares de créditos com garan-

tia real, todavia, votam com a classe respectiva *somente até o limite do bem gravado* (pressupõe-se que pelo valor constante da escritura de hipoteca; ou do contrato de penhor, se houver, eventualmente corrigido até a data do pedido de recuperação judicial ou falência – assim como ocorre com o valor dos créditos, cf. art. 9º, II; ou, em caso de já ter sido alienado o bem, pelo valor de venda, na forma do § 1º do art. 83; ou, em última hipótese, na falência, pelo valor da avaliação feita pelo administrador judicial, cf. art. 23, III, “g”); pelo restante do valor dos seus créditos *votam eles com a classe dos quirografários* (§ 2º do art. 41). Já os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho votam exclusivamente com a classe respectiva, muito embora seus créditos só sejam assim classificados até o limite de 150 salários mínimos (art. 83, I), sendo no restante classificados como quirografários (art. 83, VI, “c”).

12. Invalidade da assembléia-geral de credores

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

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

Há que distinguir, nessa matéria, três diferentes espécies de vício, com conseqüências também diversas: (i) *vícios da própria assembléia* – que pode ter sido irregularmente *convocada* ou *instalada*, hipótese em que sua invalidação trará como conseqüência, obviamente, a invalidade de *todas as deliberações* que nela forem tomadas; (ii) *vícios das deliberações* – nessa hipótese, o vício de uma das deliberações não se estende às demais, que não sejam viciadas; (iii) *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 irrele-

vante, só atingindo o próprio voto viciado.²⁹ São completamente diversos, pois, os vícios em questão.

12.1.1 *Vícios do voto*

O voto é *declaração de vontade*, aplicando-se-lhe normalmente a disciplina dos negócios jurídicos, prevista no Livro III, Título I, da Parte Geral do Código Civil. Poderá, assim, ser invalidado em virtude de nulidade (arts. 166 e 167 do CC) ou de anulabilidade (art. 171 do CC). A invalidade do voto, todavia, reitere-se, somente acarretará a invalidade da deliberação da assembléia se for determinante para a formação da maioria.

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

29. Essa verificação é que se denomina, na doutrina, de “prova de resistência” da deliberação (cf. nosso *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*, São Paulo, Malheiros Editores, 1999, p. 85, nota 45).

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

12.1.1.2 Conflito de interesses – Uma das hipóteses mais comuns de vício do voto é o voto proferido em conflito de interesses. Sucede que, em franco descompasso com a Lei de S/A (art. 115, § 4º), o Código Civil, subsidiariamente aplicável à Lei 11.101, não prevê a anulação das deliberações tomadas em decorrência de voto conflitante. Nos dois dispositivos em que cuida de conflito de interesses a sanção estabelecida na lei civil é apenas a da responsabilidade por perdas e danos (arts. 1.010, § 3º – aplicável às deliberações de assembléia por força do disposto no art. 1.072, *caput* –, e 1.017, parágrafo único).³¹ A Lei 11.101, infelizmente, não trata da matéria. E não faltarão hipóteses em que o interesse individual de determinado credor poderá ser substancialmente conflitante com o interesse comum dos credores – o que, em bom Direito, exigiria a anulação da deliberação. Não é fácil, entretanto, conceituar o que seja o interesse comum dos credores. Segundo autorizada opinião doutrinária, tal interesse consistiria no interesse que tem cada credor em, ao menos a médio prazo, minimizar seus prejuízos, mediante a ampliação das disponibilidades da massa.³² Outras manifestações doutrinárias e jurisprudenciais têm considerado contrárias ao interesse comum dos credores as deliberações: (i) que causam prejuízo desproporcional, inadequado, para uma parte dos credores; (ii) que favorecem um credor em particular, ou um grupo de credores, especialmente os credores privilegiados ou com garantia real, ou, ainda terceiros, em detrimento da comunhão dos credores; (iii) que não são úteis a ninguém; (iv) que favorecem o devedor ou um terceiro sem qualquer vantagem para a massa.³³ Como hipóteses concretas de conflito de interesses podem ser imaginadas, por exemplo, a de uma credora, indústria automobilística, que vote contrariamente à aprovação do plano de recuperação judicial por estar interessada na falência do devedor, seu concessionário, a fim de passar a concessão a outrem; ou da credora interessada na

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

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

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

falência de seu agente ou distribuidor (art. 710 do CC), igualmente para transferir a outrem a agência ou a distribuição de seus produtos; ou, ainda, da credora que tenha interesse na falência de seu devedor simplesmente por ser sua concorrente.

12.1.2 Vícios das deliberações

A deliberação de assembléia é manifestação de vontade coletiva à qual não se aplica inteiramente a disciplina das invalidades prevista nos arts. 166 e ss. do Código Civil. Com efeito, não se anula uma deliberação por erro ou por dolo, exemplificativamente. Anula-se o voto viciado. Se ele foi determinante para a formação da maioria deliberante, anula-se a deliberação não porque seja ela contaminada pelo erro ou pelo dolo, mas sim *por violação às regras cogentes dos arts. 42, 45 e 46 da Lei 11.101*, que exigem aprovação das propostas por maioria. Anulado o voto decisivo, *cai a maioria*. A disciplina da invalidade das deliberações, assim, encontra correspondência no *princípio da legalidade*: as deliberações contrárias à lei podem ser invalidadas. A sanção para as deliberações inválidas, em regra, é a da *anulabilidade*.³⁴ Qual o prazo para requerer a anulação das deliberações? Veja-se a imprevidência do legislador: deve-se recorrer ao disposto no art. 179 do Código Civil, lei subsidiariamente aplicável: “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”. O prazo é de *decadência* (art. 178, *caput*, c/c o art. 179, do CC). Tal prazo, de dois anos – como já tivemos oportunidade de observar com

34. O que não impede possam ocorrer deliberações nulas, como a que atente contra a ordem pública ou os bons costumes, aprovando medidas que constituam fraude ao direito de credores, por exemplo (art. 166, II, do CC), ou ineficazes. Sobre as hipóteses de *nulidade* das deliberações das assembléias das companhias, v. nosso *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*, cit., pp. 97-111; sobre as de *ineficácia*, v. pp. 111-113. Esclareça-se, todavia, que, nas diversas legislações a questão da invalidade da assembléia de credores é tratada de forma diferente. Na Lei Falimentar alemã, por exemplo, a assembléia só se invalida por vício de nulidade absoluta, não se concedendo a anulabilidade (cf. Ehricke, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., p. 1.664), mas tão-somente a revogação (*Aufhebung*), que deve ser requerida de imediato ao juiz que preside a assembléia na hipótese de deliberação contrária ao interesse comum dos credores (§ 78, 1, da *Insolvenzordnung*).

relação às deliberações societárias³⁵ – está em aberta dessintonia com a maioria das legislações contemporâneas e é, por idênticas razões – a necessidade de *estabilidade* das deliberações assembleares –, absurdamente longo para requerer a anulação das deliberações das assembléias de credores. Deveria ser de 30 ou 60 dias, no máximo.

12.1.2.1 *A regra do § 2º do art. 39, da Lei 11.101/2005* – O § 2º do art. 39 dispõe que “as deliberações da assembléia-geral não serão invalidadas em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos”. O que se deve entender com isso é que as deliberações da assembléia-geral não serão invalidadas *peço só fato* de ocorrer uma decisão judicial posterior acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos. O que não quer dizer que, verificada posteriormente, por decisão judicial, a existência, por exemplo, de um crédito forjado, que tenha sido determinante para a deliberação de aprovação de uma recuperação judicial absolutamente inviável, com a nomeação de um gestor judicial conluído com o devedor etc., não possam os interessados requerer a anulação da deliberação.

12.1.3 Vícios da assembléia

Fiquemos naqueles que acarretam a invalidade da própria assembléia: irregularidade da convocação ou instalação. A assembléia é convocada, por exemplo, com prazo inferior ao da Lei 11.101 (art. 36). Qual o vício que a afetará: nulidade ou anulabilidade? Vejam-se aí, novamente, a imprevidência e a insensibilidade do legislador falimentar: o Código Civil, lei supletiva, não contém, inexplicavelmente, uma regra como a do art. 286 da Lei de S/A, que prevê, às expensas, para a hipótese de convocação ou instalação irregular, a anulabilidade. E o art. 166, V, do Código Civil diz ser nulo o negócio jurídico quando “for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade”. Talvez se possa argumentar que a solenidade se deu, embora de forma irregular, e que, tal como no regime das deliberações, a violação

35. Cf. nosso *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*, cit., p. 69, nota 7. V. também o estudo que publicamos na *RDM* 134/12, sob o título “Lineamentos da reforma societária do Direito Italiano em matéria de invalidade das deliberações assembleares”, São Paulo, Malheiros Editores, 2004, especialmente p. 13, nota 3.

da lei não acarreta a nulidade, mas somente a anulabilidade, como o está a demonstrar o art. 286 da Lei de S/A. Pois do contrário, sendo certo que a nulidade não convalesce (art. 169 do CC), corre-se o risco de a recuperação judicial ou a falência serem encerradas por sentença (arts. 63 e 156 da Lei 11.101) e anos após instaurar-se uma pendência sobre a convocação ou instalação de uma assembléia de credores...

12.2 Legitimação para agir

12.2.1 Legitimação ativa

Salvo eventual hipótese de nulidade, a legitimação para anular a assembléia ou suas deliberações compete, em princípio, ao credor que votou contrariamente, ou àquele que se absteve de votar no conclave, seja declaradamente, seja por estar ausente, ou ao credor sem direito de voto, se lhe foi sonogado o direito de participar do conclave ou da discussão que nele se travou (arts. 39, § 1º, 43 e 45, § 3º, da Lei 11.101). O Ministério Público, ocorrendo eventual hipótese de nulidade absoluta, também está legitimado a propor a ação, o mesmo se podendo dizer do administrador judicial (art. 168 do CC).

12.2.2 Legitimação passiva

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

(arts. 35, I, “a” e “d”), deverá este, obviamente, figurar como litisconsorte passivo necessário (art. 47 do CPC).

12.3 Conseqüências da invalidação da assembléia e de suas deliberações

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

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

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

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

no não acarretará a invalidação da compra daquele maquinário efetuada de boa-fé por terceiro.

12.5 Regra especial para medidas cautelares ou de antecipação de tutela

Assim dispõe o art. 40: “Não será deferido provimento liminar, de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela, para a suspensão ou adiamento da assembléia-geral de credores em razão de pendência de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de créditos”. Esse artigo tem sido injustamente apodado de inconstitucional, em razão de suposta violação ao art. 5º, XXXV, da Carta Magna (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Injustamente porque a Lei 11.101 *assegura aos credores* – na hipótese de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de créditos – *a participação na assembléia*. Com efeito, se o juiz deixa de reconhecer um crédito, ou o quantifica abaixo do valor pretendido pelo credor, ou ordena sua classificação em outra classe, o credor poderá agravar, prevendo o parágrafo único do art. 17 que, “recebido o agravo, o relator poderá conceder efeito suspensivo à decisão que reconhece o crédito ou determinar a inscrição ou modificação do seu valor ou classificação no quadro-geral de credores, *para fins de exercício de direito de voto em assembléia-geral*”. Assegurada ficará, assim, a participação do credor no conclave.³⁷ O que a Lei 11.101 salutarmente proíbe é que, em razão de discussão acerca de crédito, venha a ser ordenada a *suspensão* ou o *adiamento* da assembléia – medidas que não fariam nenhum sentido se por outro meio já se possibilita que o credor participe da mesma. Assim como o credor impugnante de crédito poderá, por exemplo, em caso de rejeição da impugnação, solicitar ao tribunal que dê efeito suspensivo ao agravo da decisão que reconhecer o crédito (parágrafo único do art. 17), impedindo, assim, o voto do credor impugnado na assembléia, sem necessidade de suspender ou adiar o conclave. Não tem o artigo em questão, assim, nenhuma eiva de inconstitucionalidade.

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