

Sérgio Campinho

Professor de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Universidade Candido Mendes – UCAM – Faculdade de Direito – Centro, onde também coordena o Curso de Especialização em Direito Empresarial, em nível de pós-graduação. É advogado militante no Estado do Rio de Janeiro, sócio da sociedade de advogados denominada Campinho Advogados e consultor jurídico da Confederação Nacional da Indústria – CNI.

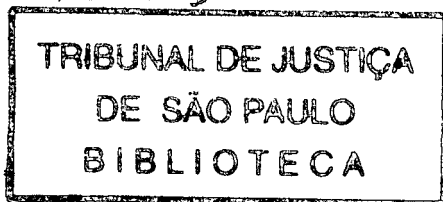
FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESA

O Novo Regime da Insolvência Empresarial

6ª EDIÇÃO

Revista e atualizada

T.39.781



RENOVAR

Rio de Janeiro
2012

abdr 
ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA
DE DIREITO
DE RESPEITO
#RESPEITODIREITO

Respeite o direito autoral

CLASSIFICAÇÃO
1.39781
347.736 (81)
C197f
62d
F35
2589-1862 (2012)

Todos os direitos reservados à
LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.
MATRIZ: Rua da Assembléia, 10/2.421 - Centro - RJ
CEP: 20011-901 - Tel.: (21) 2531-2205 - Fax: (21) 2531-
FILLAL RJ: Tels.: (21) 2589-1863 / 2580-8596 - Fax: (21) 2589-1862

www.editorarenovar.com.br

SAC: 0800-221863

© 2012 by Livraria Editora Renovar Ltda.

Conselho Editorial:

- Arnaldo Lopes Süssekind — Presidente
- Antonio Celso Alves Pereira
- Caio Tácito (*in memoriam*)
- Carlos Alberto Menezes Direito (*in memoriam*)
- Celso de Albuquerque Mello (*in memoriam*)
- Gustavo Binenbojm
- Gustavo Tepedino
- Lauro Gama
- Luís Roberto Barroso
- Luiz Edson Fachin
- Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.
- Manoel Vargas
- Nadia de Araujo
- Nelson Eizirik
- Ricardo Lobo Torres
- Ricardo Pereira Lira
- Sergio Campinho

01117

Capa: Sheila Neves

Editoração Eletrônica: TopTextos Edições Gráficas Ltda.

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C328f Campinho, Sérgio
Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial / Sérgio Campinho. — 6ª ed. — Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
487 p.; 23 cm

ISBN 978-85-7147-838-1

1. Direito empresarial — Brasil. I. Título.

CDD 346.81052

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)
Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Capítulo 6

ASSEMBLÉIA-GERAL DE CREDORES

42 — NOÇÃO

A assembléia-geral de credores consiste na reunião dos credores sujeitos aos efeitos da falência ou da recuperação judicial, ordenados em categorias derivadas da natureza de seus respectivos créditos, com o fim de deliberar sobre as matérias que a lei venha exigir sua manifestação, ou sobre aquelas que possam lhes interessar. Revela um foro facultativo e não permanente de decisões dos credores, instalado e operado em estrita obediência das prescrições legais, para decidir situação específica eventualmente surgida no curso do processo.

43 — COMPETÊNCIAS

Na fluência dos processos de recuperação judicial ou falência podem emergir matérias que demandem a deliberação dos credores neles envolvidos. Essas matérias que reclamam decisão podem ser simplesmente acidentais ou decorrerem de uma situação processual específica. No primeiro caso, a instalação da assembléia-geral de credores será facultativa, motivada, assim, por interesse momentaneamente verificado, de cunho geral ou particular a uma categoria de credores. No segundo caso, a instalação do conclave deliberativo se mostra obrigatória, funcionando como condição necessária e indispensável à solução de uma questão do processo.

Na recuperação judicial será a assembléia de credores necessariamente instalada para deliberar sobre: (a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, quando for objetado por qualquer credor; (b) pedido de desistência do devedor de seu requerimento de recuperação judicial, formulado após o ato judicial que deferir o seu processamento; (c) escolha do gestor judicial, quando do afastamento do devedor da condução de seus negócios. A instalação facultativa se verifica para decidir acerca: (a) da constituição do comitê de credores, a escolha de seus membros e sua substituição; (b) de qualquer matéria que possa afetar os interesses dos credores.

Na falência não há hipótese de instalação obrigatória. Será sempre facultativamente instalada para deliberar sobre: (a) adoção de outras modalidades de realização do ativo que não as ordinariamente previstas em lei (leilão por lances orais, propostas fechadas ou pregão); (b) constituição do comitê de credores, a escolha de seus membros e sua substituição; (c) qualquer matéria de interesse dos credores.

44 — CONVOCAÇÃO

A assembléia-geral de credores será convocada pelo juiz que presidir o respectivo processo. Agirá ele de ofício ou por provocação dos credores e, até mesmo, do próprio devedor ou do administrador judicial.

A convocação de ofício poderá ser visualizada nas seguintes situações: (a) no processo recuperatório, para decidir sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano apresentado, havendo contra ele objeção formulada por qualquer credor (artigo 56), ou, ainda, para a escolha do gestor judicial na hipótese de afastamento do devedor (artigo 65); (b) no processo falimentar, por ocasião da prolação da sentença de decretação da falência do devedor, sempre que entender conveniente a reunião dos credores em assembléia para que seja constituído o comitê de credores (artigo 99, inciso XII).

Por iniciativa do devedor será convocada a assembléia-geral para apreciar a desistência por ele formulada do pedido de recuperação judicial, uma vez já deferido o seu processamento pelo juiz (§ 4º, do artigo 52).

O mais comum, porém, é que a convocação decorra da provocação dos credores, como os principais interessados na decisão de questões de seus interesses. Faculta-se, assim, aos credores que representem, no mínimo, vinte e cinco por cento do valor total dos créditos de uma determinada classe ou categoria, requerer ao juiz, em qualquer processo falimentar ou de recuperação judicial, a convocação da assembléia-geral para apreciar e decidir acerca de qualquer matéria que lhes interessar⁸⁹, mormente para a constituição do comitê de credores, de modo a atuarem, por seus representantes eleitos, mais próximos dos atos e incidentes dos processos respectivos. Nos domínios do processo recuperatório, manifesta-se dispositivo de reforço a essa regra geral do § 2º, do artigo 36, localizada no § 2º, do artigo 52, do qual resulta poderem os credores, a qualquer tempo, deferido o processamento da recuperação judicial, requerer a convocação da assembléia-geral para a constituição do comitê ou a substituição de seus membros, caso já constituído. Mas sempre com a observância do quorum acima retratado, isto é, requerimento formulado por credor ou credores que representem, ao menos, vinte e cinco por cento do valor total dos créditos integrantes de uma certa classe. As classes aqui contempladas são aquelas que compõem a assembléia-geral (artigos 41 e 26)⁹⁰.

Uma vez constituído o comitê de credores, a ele também tocará a faculdade de, tanto na recuperação quanto na falência, requerer ao juiz a convocação da assembléia-geral sempre que julgar conveniente (artigo 27, inciso I, alínea e). Não sendo ele formado, suas atribuições, como a de requerer a prefalada convocação, poderão ser exercidas pelo administrador judicial (artigo 28). Em verdade, o administrador judicial tem atribuição, conforme a alínea g, do inciso I, do artigo 22 de requerer ao juiz convocação da assembléia-geral de credores nos casos previstos em lei — quando caberia a sua convocação de ofício, com a ressalva daquela prevista no inciso XII, do artigo 99 —, ou quando entender necessária a sua oitiva para tomada de decisões.

89 Como a escolha de outra modalidade de realização do ativo na falência (artigo 145).

90 O artigo 41 cuida da composição comum ou ordinária; já o artigo 26 se refere à composição especial, que somente será considerada caso a ordem do dia indique a constituição do comitê, ficando a ela limitada (cf. itens 47 e 52 infra).

Por intermédio de edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação nas localidades da sede e das filiais é que a convocação da assembléia-geral de credores será anunciada. Cumpre ser observada antecedência mínima de quinze dias entre a data da publicação e a sua realização, devendo o edital, que sempre espelhará, como em qualquer publicação ordenada pela lei, a epígrafe “recuperação judicial de” ou “falência de”, conter: (a) local, data e hora da assembléia em primeira e em segunda convocação, não podendo esta ser realizada em menos de cinco dias depois da primeira; (b) a ordem do dia; (c) local onde os credores poderão, se for o caso, obter cópia do plano de recuperação judicial a ser submetido à deliberação da assembléia.

Cópia do aviso de convocação deverá ser afixada, de forma ostensiva, no estabelecimento sede do devedor e nos estabelecimentos filiais, tantos quanto existir.

Quando a convocação da assembléia-geral for determinada de ofício pelo juiz ou se fizer em atendimento de pleito do devedor, as despesas incorridas, inclusive as de sua realização, serão, na recuperação judicial, pelo devedor suportadas e, na falência, pela massa falida. Portanto, sempre que convocada em virtude de ato do credor ou do comitê de credores, caberá à massa de credores suportar o seu custo. Se a iniciativa resultar do administrador judicial, naqueles casos previstos em lei, a conta deverá ser suportada pelo devedor ou pela massa falida, conforme o caso; se, entretanto, for por ele requerida para tomada de decisões sobre matérias de interesse dos credores, caberá à respectiva massa suportar os encargos decorrentes. É a inteligência que se extrai do § 3º, do artigo 36⁹¹.

45 — INSTALAÇÃO

A assembléia instalar-se-á, em primeira convocação, com a presença de credor ou credores titulares de mais da metade do valor

91 O preceito não menciona explicitamente a situação contemplada no § 2º, do artigo 52. Mas sendo ela uma regra especialmente dirigida aos processos de recuperação judicial que se encontra, entretanto, albergada na regra geral do § 2º, do artigo 36, não há como dele ficar de fora. Seu real intento é o de traduzir que, na recuperação, o comitê somente pode ser constituído após o deferimento de seu processamento.

total dos créditos de cada classe e, em segunda convocação, com qualquer número.

Veda a lei seja deferido provimento liminar, de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela, para suspender ou adiar a realização da assembléia-geral de credores, em função de pendência de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de créditos, até porque, as respectivas deliberações não serão, em razão de decisão judicial posterior, invalidadas por uma dessas causas. Mas isso, a nosso ver, não impede deferimento de providência cautelar para impedir o voto do credor cujo respectivo crédito esteja sendo objeto de um desses questionamentos (legitimidade, valor e classificação), na medida em que o ponto controvertido puder influenciar no resultado da deliberação⁹². A uma, porque a norma do artigo 40 em questão é uma regra de exceção e, como tal, deve ser restritivamente interpretada. A duas, porque o bem jurídico por lei tutelado é a garantia do curso contínuo e célere dos processos de recuperação judicial e falência, os quais não poderiam ficar paralisados na espera da deliberação dos credores⁹³ ou reféns de repetições de atos, decorrentes da invalidação das decisões assembleares por um dos motivos destacados. A três, porque o voto indevidamente proferido poderá influenciar diretamente no resultado da tomada de decisão⁹⁴.

O credor, obstado de votar, que sair, ao final, vitorioso no feito em que se questiona sua legitimidade, valor de seu crédito ou a classificação que por direito lhe cabe, poderá postular o ressarcimento dos prejuízos suportados contra o requerente da medida, nos termos do artigo 811 do Código de Processo Civil⁹⁵.

92 Não seria o caso de obstar o voto, por exemplo, quando o questionamento se limitar à classificação e a deliberação for em relação à matéria que não se fará dentro da classe objeto do conflito, mas tendo em conta o universo total dos credores, como na situação da realização do ativo por modalidade extraordinária (artigos 46 e 145).

93 Como na hipótese de manifestação, que se faz obrigatória, quanto ao plano de recuperação judicial que sofra objeção de credor.

94 Vide, em reforço e aprofundamento do tema, o item 49 infra.

95 Artigo 811: "Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida: I — se a sentença no processo principal lhe for desfavorável; II — se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a

46 — DIREÇÃO DOS TRABALHOS

A presidência do conclave cabe ao administrador judicial que designará, dentre os credores presentes, um secretário. Todavia, quando a deliberação versar sobre qualquer matéria da qual se evidencie conflito de interesse, gerador de incompatibilidade com o mister, a assembléia será presidida pelo credor presente que titularize o maior crédito, independentemente de classe.⁹⁶

Ao secretário incumbirá lavrar a respectiva ata, que poderá ser de forma sumária e conterá o nome dos presentes, credores ou não⁹⁷, e as assinaturas do presidente, do devedor, se a ela comparecer, e de dois membros de cada uma das classes votantes, para ser entregue ao juiz, juntamente com a lista de presença dos credores, no prazo de quarenta e oito horas de sua realização.

47 — COMPOSIÇÃO

A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores: (a) titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; (b) titulares de créditos com garantia real; (c) titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

Como se verá adiante, os créditos derivados da legislação do trabalho, juntamente com os decorrentes de acidente no trabalho, terão prioridade absoluta no concurso de credores falimentar, mas essa preferência, para os primeiros, somente se verifica até o limite

citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias; III — se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código; IV — se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810). Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar”.

96 O § 1º, do artigo 37, além de genericamente se referir a matérias que gerem incompatibilidades, menciona, especificamente, a deliberação sobre o afastamento do administrador judicial. Contudo, a regra, nesse ponto, se mostra vazia, diante dos vetos da alínea ‘c’, do inciso I e da alínea ‘a’, do inciso II, do artigo 35. Não cabe à assembléia-geral deliberar sobre a substituição do administrador judicial.

97 Seria a hipótese, por exemplo, da presença de sócios da sociedade devedora (artigo 43), que poderão da assembléia participar.

de cento e cinquenta salários mínimos por credor. Pelos saldos respectivos, quando houver, concorrerão os correspondentes titulares na categoria dos quirografários. Mas na assembléia-geral de credores votam eles com o total de seus créditos, independente, assim, do valor. Assegura-se, desse modo, a participação de todos os credores que titularizam créditos decorrentes de acidente de trabalho ou derivados da legislação trabalhista nessa única classe, de forma proporcional ao valor total de seus créditos.

Já os que detêm créditos com garantia real votarão na classe pertinente até o limite do valor do bem gravado e, na dos quirografários, com o restante do valor de seu crédito.

Para participar do conclave, cada credor deverá subscrever a lista de presença, a qual será encerrada no momento da instalação da assembléia.

Poderá o credor ser no ato representado por procurador ou representante legal, desde que seja exibido ao administrador judicial, até vinte e quatro horas antes da data prevista para sua realização, o documento hábil comprobatório dos poderes (procuração, contrato social, ata de eleição de diretoria etc.) ou, em se tratando de mandato judicial, a indicação da folha dos autos do processo em que se encontre o respectivo instrumento.

Os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho que não comparecerem pessoalmente à assembléia ou não se fizerem representar por procurador, poderão ser representados pelo sindicato a que forem associados. Para exercer esta prerrogativa, deverá o sindicato apresentar ao administrador judicial, até dez dias antes da assembléia, a relação dos associados que pretende representar, e o trabalhador que conste da relação de mais de um sindicato deverá esclarecer, até vinte e quatro horas antes da assembléia, qual sindicato o representa, sob pena de não ser representado em assembléia por nenhum deles.

Por derradeiro, cumpre frisar haver uma hipótese de exceção ao modo de composição da assembléia antes visto. Para fins de formação do comitê de credores, resulta da lei especial integração de classes, as quais passam a ser: (a) titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho; (b) titulares de créditos com direitos reais de garantia ou privilégios especiais; (c) titulares de créditos quirografários e com privilégios

gerais (artigo 26). A questão será abordada no item 52 do capítulo seguinte.

48 — DELIBERAÇÕES

As deliberações dos credores reunidos em assembléia-geral serão tomadas segundo a maioria de votos dos presentes ao evento. O voto de cada credor será proporcional ao valor de seu crédito. Temos, assim, os sistema e quorum ordinários de deliberação e o método comum de valoração do peso do voto.

Na recuperação judicial, para fins exclusivos de valoração do peso do voto, o crédito em moeda estrangeira será convertido para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de realização da assembléia (parágrafo único, do artigo 38). Na falência, entretanto, o fato não se verifica, porquanto nela se convertem todos os créditos dessa natureza para Real, pelo câmbio do dia da decisão que a decretou (artigo 77).

Escapam ao sistema ordinário (que leva em conta o universo de credores e não suas classes) as deliberações que versarem sobre a constituição e composição do comitê de credores e a concernente à aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, a qual, inclusive, não se submete exclusivamente ao método comum de valoração do peso do voto. Foge ao quorum ordinário a deliberação acerca da forma alternativa de realização do ativo na falência.

Na escolha dos representantes de cada classe no comitê, somente os respectivos integrantes poderão votar. Haverá, assim, votação à parte, realizada entre os titulares de créditos integrantes de cada uma das categorias. Considerar-se-á aprovada a proposta que obtiver votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à votação que se realiza dentro de cada uma das classes⁹⁸. A própria votação sobre a constituição do comitê observará essa sistemática, porquanto, para que se verifique, basta seja deliberado por qualquer das classes (vide, a respeito, o item 52 infra).

98 Ressalte-se que a composição da assembléia para a formação do comitê será especial, diferente daquela comum prevista no artigo 41, da Lei nº 11.101/2005. Cf. o que falamos nos itens 47 supra e 52 infra.

A aprovação de forma alternativa de realização do ativo na falência dependerá do voto favorável de credores que representem dois terços dos créditos presentes à assembléia-geral.

Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes que integram a assembléia-geral (artigo 41) deverão aprovar a proposta. A votação terá um curso especial, sendo realizada dentro de cada classe em particular.

Na categoria pertinente aos titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito. A votação se faz, nesse particular, por cabeça.

Em cada uma das demais classes, ou seja, a dos titulares de créditos com garantia real e a dos titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados, a proposta deverá ser aprovada, em cada uma das categorias respectivas, por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à votação e, cumulativamente, pela maioria simples desses credores, tomados os votos, assim, por cabeça. Verifica-se, pois, que nessas classes a aprovação dependerá da obediência de dois requisitos não alternativos: aprovação pela maioria dos presentes à votação, tomada segundo o critério geral do peso do voto proporcional ao valor do crédito, e pela maioria dos presentes, tirada por cabeça, independentemente do valor do crédito.

Faculta a lei, entretanto, em favor do princípio da recuperação judicial da empresa que pretende consagrar, a possibilidade de o juiz concedê-la, desde que, na mesma assembléia reunida para dele apreciar e deliberar, de forma cumulativa, sejam atingidas as seguintes condições: (a) voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; (b) aprovação de duas das classes de credores nos termos indicados nos dois parágrafos anteriores, ou, caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação de uma delas nessas mesmas condições; (c) voto favorável de mais de um terço de credores, computados, também, segundo os critérios retratados nos dois parágrafos anteriores, aferível dentro da classe que o houver rejeitado. Mas, nesse caso, para que seja a recuperação judicial concedida, o plano não poderá implicar

tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Verificadas todas essas condições, a recuperação deverá ser concedida pelo magistrado. O vocábulo “poderá” empregado no texto legal (§ 1º, do artigo 58) não quer traduzir uma faculdade do juiz, mas sim um poder-dever. Só não irá concedê-la caso verifique a ocorrência de ilegalidade no conteúdo do plano ou nas pré-condições para o devedor entrar em recuperação.

Ainda em relação à deliberação do plano de recuperação judicial, tem-se a regra segundo a qual o credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quorum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito.

49 — DIREITO DE VOTO

A assembléia-geral de credores pode realizar-se em diversas fases dos processos falimentar e recuperatório, inclusive em seus momentos iniciais, sem que ainda se tenha um quadro-geral dos credores homologado pelo juízo. Seria o caso, por exemplo, de o juiz, na decisão de decretação da falência, determinar sua convocação para constituição do comitê de credores (artigo 99, inciso XII).

Por isso é que o artigo 39 prevê que terão direito a voto na assembléia-geral as pessoas arroladas no quadro-geral de credores (artigo 18) ou, na sua falta, quando realizado, portanto, o conclave sem que tenha ainda sido aprovado, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial (§ 2º do artigo 7º), ou mesmo, na ausência desta, votarão aqueles constantes, conforme as peculiaridades próprias, da relação de credores apresentada pelo devedor quando da confissão de sua falência (artigo 105, inciso II) ou daquela por ele apresentada em atendimento à determinação do juiz por ocasião da declaração da falência requerida por credor ou outro legitimado (artigo 99, inciso III), ou, ainda, no caso de recuperação judicial, da por ele apresentada quando do ajuizamento de sua petição inicial (artigo 51, incisos III e IV).

Os credores, embora não constantes das relações acima referidas, mas que estejam habilitados por ocasião da realização da assembléia-geral, também poderão votar. Contudo, sofrerão restrição a esse direito aqueles cujas respectivas habilitações sejam rece-

bidas como retardatárias, por não terem observado o prazo legal do § 1º, do artigo 7º, que será objeto de análise no capítulo 8.

Nessas condições, prevêm os §§ 1º e 2º, do artigo 10: “§ 1º — Na recuperação judicial, os titulares de créditos retardatários, excetuados os titulares de créditos derivados da relação de trabalho, não terão direito a voto nas deliberações da assembléia-geral de credores”. “§ 2º — Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo ao processo de falência, salvo se, na data da realização da assembléia-geral, já houver sido homologado o quadro-geral de credores contendo o crédito retardatário”.

Percebe-se incoerência injustificável entre os preceitos: na falência, o crédito retardatário incluído no quadro-geral de credores por ocasião da realização da assembléia poderá render ensejo a voto de seu titular; na recuperação não. Qual a lógica da distinção? Nenhuma, em nossa visão.

Afora essa falta de sustentação lógica e racional para amparar o tratamento diferenciado, a análise sistemática das regras recomenda uma exegese diversa da versão gramatical.

O artigo 39, em sua parte inicial, garante o direito de voto àqueles que figurarem no quadro-geral de credores, fiança essa repetida na sua parte final ao estabelecer que, em qualquer caso, terão idêntico direito os credores “que tenham créditos admitidos ou alterados⁹⁹ por decisão judicial”.

Em face dos métodos de interpretação lógico, racional e sistemático, além do tratamento isonômico que se impõe, extraímos a seguinte inteligência dos dispositivos em apreço: tanto na falência, como na recuperação, os credores retardatários, deles excetuados tão-somente os titulares de créditos derivados da relação de trabalho, não terão direito de voto na assembléia-geral de credores, salvo se, na data de sua realização, já houver sido homologado o quadro-geral de credores, contendo o crédito retardatário. Não é razoável impor ao credor retardatário uma pena desproporcional na recuperação judicial, pelo fato de sua habilitação a destempo, privando-o do direito de votar quando já admitido no quadro-geral de credores, ao passo que no processo de falência igual providência não é

99 A alteração do valor do crédito se dá quando do acolhimento, por sentença, de sua impugnação.

observada. Não há, pela diversidade dos procedimentos falimentar e recuperatório, neste particular, nada que justifique o tratamento discriminatório e não proporcional.

Dispõe o § 1º, do artigo 39 que: “Não terão direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quorum de instalação e de deliberação os titulares de créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei”.

A disposição se nos afigura totalmente despicienda. Os parágrafos em alusão na norma sob comento¹⁰⁰ cuidam de créditos ou direitos que não se submetem aos efeitos da recuperação judicial e, por dedução lógica e inarredável, não podem seus titulares participar de qualquer votação na assembléia-geral de credores.

A presença do preceito indicado, ao revés, poderia gerar dúvida quanto ao direito de voto, no âmbito do processo de falência, por fazerem referência os §§ 3º e 4º, do artigo 49, àqueles que sejam titulares de valores objeto de restituição (artigo 86). Mas de logo deve essa eventual dúvida surgida ser espancada. Os mencionados valores não são propriamente créditos, não participando o respectivo titular do concurso falimentar, não vindo a integrar, assim, o quadro-geral de credores. Como se verá na seção IV desta obra (item 265 infra), o montante objeto de restituição será entregue a quem de direito, anteriormente ao pagamento dos credores em geral¹⁰¹ (artigo 149). São importâncias extraconcursais prioritárias.

100 Artigo 49: § 3º “Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”. § 4º “Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei”.

101 A exceção se verifica, tão-somente, em relação aos créditos de natureza estritamente salarial, vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, mas até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador, que serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa (parágrafo único, do artigo 86).

Em razão da instabilidade verificada, até que se atinja uma relação definitiva dos credores que participarão da falência ou da recuperação judicial, passando-se por um prévio e necessário período de verificação dos créditos, é que a lei, no § 2º, do artigo 39, sufraga regra garantidora de uma estabilidade das deliberações dos credores, ao instituir que não serão elas invalidadas em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação dos créditos. O que se leva em consideração é a posição do credor à época da realização e do conclave a qual, admite a lei, possa sofrer alterações sem que esse fato, todavia, seja capaz de invalidar a deliberação tomada.

Conforme já se aludiu no item 45 supra, o escopo legal é garantir o curso contínuo e célere do processo, não permitindo fique paralisado na espera de uma decisão dos credores e, muito menos, que se repitam atos pela invalidação da assembleia e da decisão nela tomada, por força de um desses motivos.

Mas esse ponto não pode isentar aquele que dolosamente venha a exercer o seu voto, apresentando um crédito inflado, a fim de aumentar seu peso na votação, ou forjando documentos para ostentar a qualidade de credor, por exemplo. Não se admite exegese dos preceitos que conduza a inocentá-lo desses procedimentos. A circunstância de não haver invalidação da decisão assemblear não implica a isenção daquele que dolosamente, de má-fé procedeu ao criar situação artificial, com fito de obter posição vantajosa na deliberação. Ficará sempre vinculado à obrigação de reparar os danos causados em decorrência de sua conduta maliciosa, caso seu voto venha prevalecer.

A conclusão, todavia, não impõe aos interessados um imobilismo, tendo que aguardar impávidos a ocorrência do dano para só aí ter a reparação do direito malferido. Não se pode deles retirar o direito a medidas preventivas, para evitar, justamente, que sofram o dano, porquanto constitucionalmente lhes é assegurado se proteger contra ameaça a direito (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXV).

Desse modo, pendendo impugnação ao crédito quanto à sua existência, valor ou classificação, é permitido aos impugnantes requerer medida cautelar para obstar que o credor profira seu voto na assembleia-geral, sempre que houver fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação, antes do julgamento definitivo da impugna-

ção, competindo ao juiz avaliar a presença dos pressupostos autorizativos da medida (*fumus boni juris* e *periculum in mora*). Reforça o argumento a regra prevista no parágrafo único do artigo 17, de nítido caráter acautelatório de direito, ao facultar ao relator do agravo, interposto contra decisão proferida sobre a impugnação do crédito, 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.

Assim estará equilibrada a regra do artigo 40 que veda a concessão de provimento liminar para suspender ou adiar a realização da assembléia-geral de credores em razão de pendência de discussão acerca da existência, quantificação e classificação de crédito com o princípio constitucional que garante o livre acesso à Justiça¹⁰².

Prevê, ainda, o § 3º do artigo 39, que sendo a deliberação tomada na assembléia invalidada, por qualquer dos motivos capazes de conduzir a essa invalidação do ato, ficam resguardados os direitos de terceiros de boa-fé, respondendo os credores que aprovarem a deliberação pelos prejuízos causados por dolo ou culpa.

Por derradeiro, é oportuno sublinhar que o voto deve ser proferido de maneira livre e isenta, refletindo, desse modo, o legítimo interesse do credor que o manifesta. Cumpre esteja perfeitamente conformado com a lei, com a moral, com os bons costumes, com a ordem pública e que guarde a boa-fé objetiva.

O controle judicial das deliberações assembleares se impõe quando presentes vícios ou defeitos capazes de macular o seu resultado. E esse controle não se limita à verificação de sua legalidade formal; igualmente se espalha à aferição de sua legalidade material ou substancial. Dessa feita, o poder de veto do magistrado pode e deve interditar aquelas deliberações havidas em conclave no qual foram preteridas formalidades essenciais à sua realização (veto formal), bem como aquelas tomadas em decorrência de voto ou votos tradutores de fraude ou de violação de lei ou, ainda, derivados de manifesto abuso de direito (veto material).

Ao juiz que preside o processo de recuperação judicial ou de falência fica reservado o poder de desconsiderar, para fins de for-

102 Vide, em complemento ao tema, o item 45 supra.

mação da vontade coletiva dos credores, aqueles votos ilegais, abusivos ou conflitantes, caracterizadores, em última análise, de uma ilicitude *lato sensu*.

O credor, como se afirmou, votará na defesa e na proteção de seu legítimo interesse, o qual, entretanto, na recuperação judicial, não deve estar divorciado do desiderato da preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica. Já na falência, por seu turno, impende esteja conciliado com o escopo de preservar e otimizar a utilização produtiva de bens, ativos e recursos produtivos, aí também incluídos os intangíveis do estabelecimento do devedor falido. Em outros termos, o direito de voto será exercido de forma a não colidir com os interesses gerais da recuperação e da falência. Assim é que, por exemplo, deve ser repelida a conduta do credor reveladora de uma intenção de frustrar, por simples capricho, a possibilidade de conservação da empresa desenvolvida pelo seu devedor. Tem-se, nessa hipótese, como abusivo o voto de rejeição do plano emanado por esse credor, porquanto traduz o exercício de um direito por parte de seu titular que, manifestamente, excede os limites impostos pelo seu fim econômico e social e pela própria boa-fé a que deve estar jungido. Da mesma forma, deve ser vetado pelo magistrado aquele voto que seguramente desvela a pretensão do credor de ver decretada a quebra do devedor, seja para eliminá-lo da concorrência no mercado, seja para, em situação vantajosa, adquirir o seu negócio.

Em suma, faz parte do controle judicial expurgar os votos proferidos em evidente abuso de direito, fraude ou violação da lei, da moral, dos bons costumes, da ordem pública e da boa-fé objetiva, porquanto reveladores de uma ilicitude *lato sensu*, no exato sentido da configuração de contrariedade ao direito em seu todo considerado.

50 — PARTICIPAÇÕES EXTRAORDINÁRIAS

Faculta a lei, de forma expressa, a participação na assembleia-geral de credores de pessoas estranhas à massa de credores, as quais, por óbvio, não terão direito a voto e não serão consideradas para fins de verificação dos quoruns de instalação e deliberação. Terão elas, entretanto, direito a voz, podendo prestar esclareci-

mentos ou formular sugestões e, assim, influir no curso das votações.

Um desses estranhos é o próprio devedor que, inclusive, assina a ata respectiva. Para o falido, por outro lado, inserem-se no rol de seus deveres o comparecimento em todos os atos da falência e prestação das informações reclamadas pelo credores.

Além do devedor, outras participações extraordinárias são enunciadas no artigo 43, a saber: “os sócios do devedor¹⁰³, bem como as sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a dez por cento do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a dez por cento do capital social”. Igualmente se enquadram neste rol o “cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até o segundo grau, ascendente ou descendente do devedor, de administrador, do sócio controlador, de membro dos conselhos consultivo, fiscal ou semelhantes da sociedade devedora e à sociedade em que quaisquer dessas pessoas exerçam essas funções”.

51 — ÓRGÃO NÃO OBRIGATÓRIO

O juiz, o Ministério Público e o administrador judicial, como se viu, são órgãos sempre presentes nos processos de falência e de recuperação judicial, sem os quais tais processos não se desenvolvem. São, pois, órgãos obrigatórios ou necessários.

Mas a assembléia-geral de credores não o é. Podem os aludidos processos validamente se desenvolver sem que venha a ser instalada.

Mesmo no processo de recuperação judicial a assertiva não sofre exceção. É fato ser de competência privativa da assembléia a aprovação, rejeição ou modificação do plano apresentado pelo devedor. Mas sua convocação só se realiza para este fim quando hou-

103 A lei utiliza a expressão “devedor” para tanto se referir ao empresário individual, como à sociedade empresária, consoante deflui do artigo 1º: “Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”. No caso em comento, portanto, “sócios do devedor” quer traduzir os sócios que compõem a sociedade devedora em recuperação judicial ou falência.

ver objeção de credor ou credores ao plano. Inexistindo esta, o juiz, após cumpridas as exigências legais pertinentes, concederá a recuperação judicial (artigo 58), não sendo, pois, necessária a convocação de assembléia de credores para deliberar.

É, em conclusão, um órgão não obrigatório, mas que, em nosso sentir, na prática se fará correntemente presente nos processos falimentar e recuperatório, por representar efetivo poder de interferência e influência disposto a favor dos credores.