

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITO EMPRESARIAL

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

RONEY JOSÉ LEMOS RODRIGUES DE SOUZA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Mariana Ribeiro Santiago; Roney José Lemos Rodrigues de Souza - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-430-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais.
2. Economia.
3. Sustentabilidade.
4. Desenvolvimento Social. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

É com grande satisfação que introduzimos o grande público na presente obra coletiva, composta por artigos criteriosamente selecionados, para apresentação e debates no Grupo de Trabalho intitulado “Direito Empresarial”, durante o XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 19 e 21 de julho de 2017, em Brasília/DF, sobre o tema “Desigualdades e desenvolvimento: o papel do Direito nas políticas públicas”.

Os aludidos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, em reflexões sobre relevantes temas de direito empresarial, no contexto atual, inclusive à luz de importantes paradigmas da Constituição Federal.

De fato, não se pode olvidar que a matéria em foco implica num olhar atento, em busca de um equilíbrio entre os interesses individuais e as demandas sociais, tendo em vista o claro impacto da matéria em segmentos como desenvolvimento social e economia, envolvendo as figuras do Estado, da empresa e toda a sociedade civil, demandando uma análise integrada e interdisciplinar.

Os temas tratados nesta obra mergulham na sustentabilidade enquanto valor, no princípio da função social, no fenômeno do crowdfunding, no instrumento do compliance, na interpretação da legislação societária, no contrato de naming rights, no factoring, nas marcas de alto renome, no regime de recuperação da empresa em crise, etc.

Nesse prisma, a presente obra coletiva, de inegável valor científico, demonstra uma visão lúcida e avançada sobre questões do direito empresarial e a importância de uma interpretação mais humanitária para a defesa de uma sociedade equilibrada e das gerações futuras, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica.

Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga (Unipê/UFPB)

Prof. Dr. Roney José Lemos Rodrigues de Souza (UNICAP)

Prof^a. Dr^a. Mariana Ribeiro Santiago (Unimar)

Boa leitura!

O DIREITO DE VOTO DO SÓCIO CREDOR NA ASSEMBLEIA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO COROLÁRIO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DA PROPRIEDADE, DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E CONSEQUÊNCIA DE UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

THE VOTING RIGHT OF THE CREDIT MEMBER AT THE JUDICIAL RECOVERY ASSEMBLY AS A COROLLARY OF THE PRINCIPLES OF EQUALITY, PROPERTY, COMPANY PRESERVATION AND THE CONSEQUENCE OF A SYSTEMATIC INTERPRETATION

Alessandro Fernandes Braga ¹

Resumo

Neste trabalho analisa-se o direito de voto do sócio credor na assembleia de credores da recuperação judicial. Com base na interpretação sistemática da Lei nº 11.101/2005 e em análise principiológica, defende-se a admissibilidade do voto, em assembleia de credores pelo sócio que também é credor particular da sociedade empresária em recuperação. O método usado, além da interpretação da nº Lei 11.101/2005 com base no ordenamento jurídico no qual se insere, foi a revisão bibliográfica, além da análise de jurisprudência para exame e refutação dos principais argumentos contrários ao direito de voto do sócio credor.

Palavras-chave: Recuperação judicial, Assembleia de credores, Sócio credor, Direito de voto, Interpretação sistemática e principiológica da lei 11.101/2005

Abstract/Resumen/Résumé

This paper defends the voting rights of the creditor member in the creditors' meeting of the judicial reorganization, based on the systematic interpretation of Law 11.101 / 2005 and on a principle analysis. The method used, in addition to the interpretation of Law 11.101 / 2005 based on the legal system in which it is inserted, was the bibliographic review, in addition to the analysis of jurisprudence to examine and refute the main arguments against the right to vote of the creditor partner.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial reorganization, Assembly of creditors, Creditor member, Voting rights, Systematic and principle interpretation of law 11,101 / 2005

¹ Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, Procurador do Estado de Minas Gerais

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi escrito com o objetivo central de analisar o direito de voto, em assembleia de credores, do sócio da sociedade em recuperação judicial, quando este sócio revestir-se também da qualidade de credor dessa sociedade. No recente período de vigência da nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, vem se sobressaindo uma interpretação doutrinária e jurisprudencial excludente do direito de voto do sócio credor na recuperação judicial da sociedade empresária da qual é sócio.

Essa questão do direito de voto do sócio credor tem sido, segundo nosso entendimento, ou mal compreendida ou insuficientemente esclarecida, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, situação que, por si só, justificaria o estudo do tema. Porém, muito além de mera questão acadêmica, a indagação de ter ou não o sócio, que é também credor da sociedade empresária em recuperação, direito de voto em assembleia de credores, carrega, em si, efeitos práticos potencialmente determinantes para selar o destino de muitos processos de recuperação judicial. Com efeito, a análise em questão tem extensas implicações práticas, na medida em que, não raras vezes, a participação, ou não, dos sócios credores em assembleia-geral, pode ser o diferencial determinante para a aprovação ou a rejeição do plano de recuperação.

Por outro lado, o presente estudo não exclui, antes demanda, uma análise teórica da questão, através do instrumento da hermenêutica jurídica, bem como a concatenação com princípios próprios da Lei nº 11.101/2005, além daqueles fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em especial, o princípio da igualdade, cujo maior reflexo, nos processos concursais, é o princípio da *par conditio creditorum*. Assim, a vedação do voto do sócio credor, além de ser desmentida à luz de uma interpretação sistemática das normas previstas na Lei nº 11.101/2005, violaria princípios determinantes do processo de recuperação judicial, além do princípio constitucional da igualdade.

Ou seja, de certa forma, acerca da pergunta-problema sobre a possibilidade, ou não, de o sócio credor da empresa em recuperação judicial votar na assembleia de credores, razões de ordem prática e teórica se somam para justificar a presença desse direito.

2 DO ENTENDIMENTO RESTRITIVO AO DIREITO DE VOTO DO SÓCIO CREDOR NA ASSEMBLEIA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Durante o relativamente breve período de vigência da Lei de Falência e Recuperação de Empresas, a Lei nº 11.101/2005, vem se configurando na jurisprudência e na doutrina uma linha de entendimento que advoga a exclusão do direito de voto do sócio da empresa em recuperação judicial. À primeira vista, esse posicionamento tem sido aplicado, inclusive, em situações nas quais o sócio é também credor particular da sociedade empresária em recuperação.

Essa interpretação, que pode ser considerada hostil ao voto do sócio credor na assembleia geral de credores, parece decorrer de uma leitura isolada e precipitada do art. 43, da Lei nº 11.101/2005, que dispõe:

Art. 43. Os sócios do devedor, bem como as sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% (dez por cento) do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10% (dez por cento) do capital social, poderão participar da assembleia-geral de credores, sem ter direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quórum de instalação e de deliberação.

Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica ao cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até o 2º (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. (BRASIL, 2005)

Com efeito, à primeira vista, a redação do artigo, pode levar à conclusão de que o legislador pretendeu excluir, em caráter peremptório, o direito de voto do sócio da sociedade empresária e dos demais sujeitos descritos na norma em referência, facultando a eles a mera participação na assembleia. Esse modo restritivo de compreensão permeia até mesmo doutrinadores referenciais do atual direito recuperacional. Nesse sentido está o entendimento consignado em obra coordenada por Osmar Brina Correa Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima. Nela, há referência explícita ao que seria o escopo do dispositivo legal em questão, qual seja, o de restringir a participação de pessoas que teriam “interesses conflitantes no que toca às matérias em deliberação na assembleia.” (LIMA, 2009, p. 296). Destaca ainda que, “apesar de não terem direito a voto, nada impede que as pessoas antes elencadas participem da Assembleia de Credores e tenham direito de voz nas discussões”. (Id., 2009, p. 296).

Esse posicionamento não se trata de exceção na doutrina especializada. Diversos outros trabalhos professam o entendimento segundo o qual o art. 43, da Lei nº 11.101/2005, em sua mensagem, trataria de proibir o direito de voto do sócio e dos demais sujeitos ali mencionados. Para Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, os sujeitos

descritos no art. 43 “poderão participar da assembleia geral, sem, entretanto, o valor dos seus créditos ser computado para verificação do quórum de instalação e de deliberação e sem terem direito de voto”. (TOLEDO, 2009, p. 118). Fábio Ulhoa Coelho, por sua vez, é ainda mais explícito, quando, ao comentar a questão, ensina que haveria *credores* (note-se bem) admitidos a participar da assembleia sem serem titulares de direito ao voto, mas só, e exclusivamente, de direito de voz na assembleia. Dentre esses credores, enfatiza o autor, estariam justamente os sócios ou acionistas da sociedade falida, valendo-se da observação de que, topograficamente, o art. 43 estaria inserido no Capítulo II, da Lei nº 11.101/2005, trazendo, portanto, disposições comuns tanto ao processo de falência como ao de recuperação judicial. (COELHO, 2005).

Justificativa comum para adotar a posição, que professa a limitação do direito de voto do sócio credor na assembleia da recuperação judicial, desagua no que se considera um suposto conflito de interesses entre o voto do sócio e a posição dos demais credores que figuram no processo recuperacional. Esse conflito seria inerente ao fato de ser o sócio, ao mesmo tempo, investidor da sociedade devedora e credor dessa mesma sociedade em recuperação ou falência.

3 A ADMISSIBILIDADE DO VOTO DO SÓCIO CREDOR NA ASSEMBLEIA DE CREDITORES DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL A PARTIR DE UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DOS ARTIGOS DA LEI Nº 11.101/2005

Apesar de, aparentemente coerentes, não se sustentam as razões levantadas pela doutrina para concluir, com base no art. 43, da Lei nº 11.101/2005, que o sócio credor da sociedade em recuperação judicial não teria direito de voto na assembleia geral de credores. Há inúmeras razões práticas e teóricas que devem ser levadas em consideração para, ao final, entender pela possibilidade de o sócio credor votar em assembleia. No âmbito restrito do presente trabalho, nos limitaremos à análise de apenas algumas delas, procurando dar ênfase aos aspectos da interpretação da mensagem dos dispositivos legais atinentes ao tema e a uma perspectiva de observância do princípio da igualdade na recuperação judicial.

Assim, a primeira razão, predominantemente teórica, tem como base uma leitura sistemática da própria Lei nº 11.101/2005. O seu art. 43 teria, na verdade, escopo justamente contrário àquele apregoado por parte da doutrina. Ao invés de restringir direitos de participação *lato sensu* na assembleia dos sujeitos citados, essa norma visa à franquear tal

participação, haja vista o interesse legítimo e palpável de certos sujeitos nos destinos do processo de recuperação judicial ou de falência. Com efeito, esses sujeitos, quando não inclusos nas classes do art. 41, da Lei nº 11.101/2005¹ em virtude da qualidade de credores, ainda assim, reconhece a lei, têm interesses relevantes (sobretudo em razão da participação no capital social da devedora), que os legitimam a acompanharem o episódio crucial legalmente destinado à deliberação sobre os destinos da sociedade em recuperação, qual seja, a assembleia de credores destinada à aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial.

Norma legal e necessária, vez que, a presença e o direito de manifestação na assembleia seriam, em princípio, restritos aos integrantes das classes votantes discriminadas no art. 41, da Lei nº 11.101/2005. Isso porque, se a assembleia se destina à aprovação ou à rejeição do plano apresentado pelo devedor, é de se esperar seja composta apenas pelos credores da recuperanda. Como consequência, não fosse pela norma do art. 43, da Lei nº 11.101/2005, tão somente credores enquadrados nas classes do art. 41 teriam voz (e voto) na assembleia de credores. A lei, atenta a esta situação, permitiu, assim, expressamente, a participação de outros sujeitos que possuem inequívoco interesse em acompanhar a assembleia, exercendo o direito de voz. Entretanto, a conclusão de que o objetivo do legislador foi o de permitir somente essa participação, com direito de voz, proibindo o voto do sujeito que não integre qualquer das classes do art. 41, seria um paço à frente a partir de uma interpretação literal, desvinculada de outros dispositivos legais da própria Lei nº 11.101/2005 e de diversos princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 43, da Lei nº 11.101/2005, conforme visto, é norma de abertura, e não de restrição, à participação dos sujeitos na assembleia de credores. Para se chegar a essa conclusão, é necessária uma interpretação sistemática da Lei nº 11.101/2005. Falamos em analisar, primeiramente, o disposto em seu art. 39, que define o direito de voto, fundamentalmente, com base no crédito reconhecido em face da devedora:

Art. 39. Terão direito a voto na assembleia-geral as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial na forma do art. 7º, § 2º, desta Lei, ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor nos termos dos arts. 51, incisos III e IV do caput, 99, inciso III do caput, ou 105, inciso II do caput, desta Lei, acrescidas, em qualquer caso, das que estejam habilitadas na data da realização da assembleia ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive as que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei.

¹ O art. 41 dispõe serem legitimados para comporem a assembleia os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; os com garantia real; quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados e os enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 1º 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.

§ 2º As deliberações da assembleia-geral não serão invalidadas em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos.

§ 3º No caso de posterior invalidação de deliberação da assembleia, ficam resguardados os direitos de terceiros de boa-fé, respondendo os credores que aprovarem a deliberação pelos prejuízos comprovados causados por dolo ou culpa. (BRASIL, 2005)

Mais importante é destacar que o artigo acima reproduzido reservou o §1º para ressaltar, peremptoriamente, quem não teria direito a voto na assembleia, fazendo referência aos §§ 3º e 4º, do art. 49. Ou seja, só estariam excluídos do direito de voto em assembleia os titulares de créditos que não se submetem à recuperação judicial².

Dessa forma, quando a Lei de Falência e Recuperação de Empresas, efetivamente, cuidou de regulamentar o direito de voto em assembleia de credores, ou melhor, quando delimitou expressamente as situações de vedação ao voto em assembleia, ela o fez sem erigir qualquer restrição ao voto do sócio qualificado pela posição de credor particular da recuperanda ou dos demais sujeitos mencionados no art. 43, da LRF. Essa verdade já deveria constituir, por si só, um indicativo seguro para que fosse reavaliada a interpretação dada a esse artigo pelas correntes restritivas, pois, numa interpretação sistemática, não poderia a lei em questão comportar dois dispositivos contraditórios. Portanto, o que ocorre, na verdade, não é uma contradição. As limitações ao voto de credores da empresa em recuperação judicial em assembleia estão taxativamente elencadas no §1º, do art. 49, da Lei 11/101/2005. Não é objetivo do art. 43, da Lei nº 11.101/2005, vedar o direito de voto àqueles credores particulares da sociedade empresária em recuperação que, cumulativamente, ostentem a condição de sócios contistas ou acionistas dessa sociedade.

A Lei 11.101/2005, analisada como um sistema coerente e coeso, não autoriza as conclusões a que vem chegando a doutrina majoritária, a qual, pelo que transparece, vem tratando como sendo a mesma situação a questão do voto em assembleia de credores e a questão do direito à participação na assembleia de credores. O art. 43, da Lei nº 11.101/2005,

² O art. 49, da Lei nº 11.101/2005, dispõe em seu § 3º que “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 irretroatividade, 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. O § 4º, por sua vez, c/c o art. 86, II, determina que não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente, pois, nesse caso a importância será restituída em dinheiro. (LRF, arts. 49 e 86).

traduz uma diretiva menos ampla do que aquela que lhe vem sendo atribuída. Isso porque, esse artigo quer se referir – para citar o exemplo do sócio - exclusivamente ao sócio que não é credor particular da sociedade em recuperação. Segundo a interpretação sistêmica, está implícita na mensagem do artigo a assertiva de que – conquanto o sócio cotista ou acionista possa ser considerado, *lato sensu*, credor da sociedade em recuperação em decorrência do valor intrínseco de sua participação no capital social – o *status* de cotista ou acionista, por si só, não permite a votação na assembleia de credores, seja “por cabeça”, seja com base no crédito representado pelo valor de mercado de suas ações ou da sua fração do capital social. Em outras palavras, o art. 43, ao mencionar a figura do sócio da devedora, estaria voltado a enfatizar a ausência de direito a voto, apesar dos potenciais créditos do sócio cotista ou acionista decorrentes apenas de sua participação no capital social da sociedade em recuperação. Abrir-se-ia, entretanto, de forma expressa, a possibilidade de participação desse sócio na assembleia de credores para fins de exercício do direito de voz.

Essa situação é totalmente diversa – e não prevista na referida norma do art. 43 – daquela quando esse mesmo sócio – seja ele cotista ou acionista – é também credor particular da sociedade em recuperação. Entendemos que, neste último caso, não há fundamentos jurídicos para negar direito ao voto a esse sócio. E não apenas porque a norma do art. 43, definitivamente, não tem o condão de negar o direito de voto nesse caso, mas principalmente, em razão de uma interpretação sistemática desse artigo em conjugação com as normas dos arts. 39 e 49, da Lei nº 11.101/2005, conforme visto acima.

4 A ADMISSIBILIDADE DO VOTO DO SÓCIO CREDOR NA ASSEMBLEIA DE CREDITORES DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL A PARTIR DA INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 11.101/2005 COM BASE NO SISTEMA JURÍDICO NO QUAL ESTÁ INSERIDA

A recuperação judicial e seu procedimento regulado na Lei nº 11.101/2005 não podem ser analisados sem que se leve em consideração o contexto jurídico no qual estão inseridos. Portanto, não basta uma interpretação sistemática entre os artigos da lei em si, devendo tal interpretação considerar a relação entre a lei e as outras normas que incidem sobre o direito recuperacional.

Partindo-se da visualização da “pirâmide de Kelsen”, na qual as normas de um ordenamento jurídico estão interligadas e escalonadas entre si, de maneira que uma norma

tida como fundamental será pressuposto de validade de normas inferiores (KELSEN, Hans, 2006, p. 246/247), conclui-se que todas as leis ou atos infralegais devem respeitar os mandamentos previstos na norma fundamental, qual seja, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim, todas as disposições da Lei nº 11.101/2005, e de outras normas que regulam o direito empresarial, especificamente, o recuperacional, devem estar de acordo com os mandamentos constitucionais.

Com relação aos direitos fundamentais previstos em constituições democráticas, estes incidem, não só na relação entre indivíduo e Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), mas também na que se dá entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Assim, não se pode desconsiderar o fato de que todo o ordenamento jurídico deve ser coerente, não havendo contradição dentro de uma ou entre diversas normas.

Por isso, normas constitucionais e infraconstitucionais se relacionam e, ao serem aplicadas ao caso concreto, devem ser interpretadas de forma a garantir o máximo de aproveitamento de cada norma, visando a um fim determinado que implique em maximização dos direitos em questão.

O direito empresarial, também em sua seara concursal, não foge à regra, e essa interpretação sistemática deve ser aplicada no momento da análise de qualquer procedimento legal, relacionando-o com o ordenamento jurídico como um todo. Nesse sentido, desponta a questão do direito de voto do sócio credor em assembleia de credores no processo de recuperação judicial, sendo inúmeras as justificativas de ordem normativa que poderiam ser utilizadas para defender esse direito; mas três princípios o fazem de forma simples e direta: os princípios constitucionais da igualdade e da propriedade e o princípio da preservação da empresa, próprio do instituto da recuperação judicial.

4.1 Do princípio da igualdade

Partindo-se do pressuposto de que norma é gênero, suas espécies são as regras e os princípios. Estes, por sua vez, devem ser utilizados de forma a garantir a uniformidade do sistema jurídico. Isso porque princípios servem de base ao Direito e são tidos como preceitos fundamentais para a sua prática e proteção aos direitos (SILVA, 1989, p. 447).

Tendo em vista serem os princípios a sustentação do direito, donde surgem as demais normas com os quais devem ser coerentes, o Preâmbulo da Constituição federal de 1988 previu a igualdade como um dos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (BRASIL, 1988).

Portanto, a igualdade é um princípio previsto de forma expressa na Constituição federal de 1988, haja vista ter sido preceito norteador para a sua elaboração. A título de exemplo, o art. 5º, que traz as primeiras disposições sobre os direitos e garantias fundamentais, dispõe, em seu *caput*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988)

Analisando esse princípio, “não se cuida (...) de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.” (BASTOS, 2001, p. 5). Portanto, indivíduos em posições semelhantes devem ser tratados de maneira semelhante e o tratamento desigual entre particulares só se justificaria quando estiverem em posições desiguais. Celso Antônio Bandeira de Mello prevê quatro requisitos para que haja um tratamento desigual entre os indivíduos:

- a) que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público. (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 41).

Dentro do direito empresarial concursal, esses pressupostos não são verificados na situação do voto do sócio credor no processo de recuperação judicial. Isso porque o sócio, quando ostenta a qualidade de credor particular da sociedade empresária em recuperação, encontra-se em posição igualitária em relação aos demais credores da sociedade devedora. Ou seja, todos são credores particulares da sociedade devedora. E sendo credor, há, portanto, o direito de voto, como expressão direta do mencionado princípio da igualdade.

Ao afirmar existir uma posição igualitária entre os credores, não se está contradizendo os artigos da Lei nº 11.101/2005 que tratam do modo de contagem dos votos dos credores em assembleia de credores (LFRE, §§ 1º e 2º, do art. 41) e, muito menos, os que tratam da ordem de preferência no momento de receber os créditos (LFRE, art. 83). Esses artigos, de fato, estabelecem uma diferenciação entre as classes de credores, tendo em vista os créditos dos quais são titulares. O que se defende aqui é o direito de voto (independente de como será classificado o crédito) do sócio que também detém a qualidade de credor particular

da sociedade.

Essa paridade entre credores (que nos processos coletivos tem repercussão específica via a máxima do *par conditio creditorum*) pode ser confirmada pelo art. 126, da LFRE, ao dispor que “o juiz decidirá o caso atendendo à unidade, à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento dos credores”. Apesar de estar, topograficamente, localizado no capítulo que trata da falência, o disposto no artigo pode ser entendido como uma norma que confirma a regra geral da igualdade, voltada a auxiliar a solução de questões em que a igualdade dos credores foi alvo de exceções pontuais (FRONTINI, 2007, p. 461).

Dessa forma, no que diz respeito à possibilidade ou não do voto do sócio credor em assembleia, só se pode concluir de forma positiva. Em outras palavras, implicaria em severa violação do princípio da igualdade impedir determinado credor, que efetivamente ostenta esse *status*, o voto em assembleia, exclusivamente ante ao fato de também ocupar a posição de sócio da empresa.

4.2 Do direito à propriedade

Ainda sobre os princípios com *status* constitucional, o direito de propriedade, também trazido como direito fundamental pelo art. 5º, da Constituição federal de 1988, pode ser invocado para corroborar a defesa de participação do sócio credor (com direito ao voto) em assembleia de credores. Tendo em vista que essa reunião objetiva discutir e votar o plano de recuperação judicial e, portanto, terá efeito direto nos créditos de todos os credores da empresa devedora (incluindo o do sócio credor), a vedação de participação e ao voto consistiria, diretamente, em violação ao direito à propriedade.

Com efeito, esse direito abrange os produtos do trabalho realizado pelo homem. “Ou seja, o trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos, pode dizer-se, são propriamente dele e nenhum outro homem pode ter direito ao que foi conseguido” (LOCKE, 1963, p. 20). Assim, o sócio credor contribuiu, investindo e/ou trabalhando, para a formação do capital da sociedade empresária. Portanto, ele tem o direito de se manifestar no momento em que for decidido o destino da empresa, pois, impedi-lo de influenciar nas deliberações coletivas relacionadas ao plano de recuperação tomadas em assembleia implicaria, em última análise, a negar a ele poderes inerentes à propriedade do crédito.

4.3 Do princípio da preservação da empresa

A interpretação restritiva ao direito de voto em assembleia de credores do sócio credor

da sociedade empresária em recuperação por créditos pessoais é, também, incompatível com um princípio basilar que permeia todo o processo de recuperação judicial erigido pela Lei nº 11.101/2005, qual seja, o princípio da preservação da empresa.

A função social da propriedade, afirmada no art. 5º, inciso XXIII da Constituição da República de 1988, irradiou seus efeitos para a função social da empresa. Assim, “é mister que as empresas exerçam sua função social aliando seus interesses econômicos aos interesses sociais e humanos que gravitam em torno da sua existência” (CASTRO,2008, p.179). O princípio da função social da empresa leva a pensar num comprometimento da empresa com interesses outros, como o de seus empregados, de seus fornecedores, dos consumidores, da comunidade em que se insere, com o meio ambiente e com o estado (LUCCA, 2012, p.273). Nesta ordem de ideias, porquanto reconhecida a função social da empresa, esta deve receber proteção do ordenamento jurídico sempre que efetivamente se mostre viável economicamente, de modo a evitar os danos sociais decorrentes da sua extinção evitável, este o cerne do princípio da preservação da empresa expressamente positivado no art. 47 da Lei nº 11.101/2005.

Ora, sendo certo, portanto, que a preservação da empresa é um interesse basilar a ser perseguido no processo de recuperação judicial, a suposta proibição de voto do sócio credor na assembleia de credores do processo de recuperação judicial caminharia em sentido contrário a tal escopo.

Não é possível ignorar que, muitas vezes, os sócios das sociedades empresárias em crise financeira representam a mais imediata, ágil e decisiva fonte de recursos para que se mantenha a atividade empresarial até a preparação, interposição e deferimento do processo de recuperação judicial. Por outro lado, é notório o comportamento adotado pelas instituições financeiras diante de sinais de dificuldades de caixa de sociedades empresárias. Atentas ao estado do negócio do seus clientes, mediante consultas a cadastros de proteção ao crédito que demonstram protestos, cheques sem fundos, atrasos de pagamento, pedidos a fornecedores, etc., as instituições financeiras tendem a não renovar - ou, quando menos, tornar muito mais caras - as linhas de crédito de sociedades empresárias que ostentem sinais de dificuldades. O chamado “spread” bancário, ou seja, a diferença entre as taxas de juros que os bancos remuneram os recursos captados e as taxas de juros que cobram ao repassar a terceiros os recursos captados efetivamente sobe de acordo com o risco da operação de mútuo. E os sinais de crise da sociedade empresária, quando não levam simplesmente a supressão do crédito por parte das instituições financeiras, acabam desaguando no aumento desse spread bancário, tornando inviável ou mais cara a obtenção de capital para manutenção da atividade produtiva.

Exatamente em face deste comportamento notório dos entes financeiros que se costuma dizer ser o banco aquele amigo que faz de tudo para lhe emprestar um guarda-chuva quando o tempo está bom mas o exige de volta, ante qualquer sinal de tempestade no horizonte. Em tais circunstâncias, ou seja, em situações de encarecimento ou supressão do crédito de terceiros, muitas vezes é o dinheiro particular do sócio, suas reservas ou poupanças privadas o socorro mais imediato e decisivo para a continuidade das atividades até o deferimento do processamento da recuperação com o conseqüente efeito da suspensão da exigibilidade das obrigações sujeitas ao plano de recuperação. Em outras palavras, a travessia da sociedade empresária, do mar revolto da crise financeira, até a calma proporcionada pela aprovação do plano de recuperação judicial, muitas vezes só é possível graças ao socorro financeiro do sócio, que acredita na viabilidade econômica da empresa e na aprovação do plano de recuperação judicial. Exatamente por isto, seria operar em sentido contrário ao princípio da preservação da empresa vedar o direito de voto na assembleia de credores a este sócio que, antes do pedido de recuperação judicial, resolveu aplicar recursos financeiros pessoais na sociedade empresária onde integra o quadro societário. Afinal, seria, para dizer o mínimo, um grande desestímulo à iniciativa do sócio de aplicar capital próprio na sociedade empresária caso ciente de que deste comprometimento de patrimônio pessoal não decorreria o direito de voto na assembleia de credores, na proporção e em contrapartida do sacrifício patrimonial pessoal feito por este sócio. A interpretação restritiva ao direito de voto do sócio credor, nessas circunstâncias, implicaria, conforme se conclui, em desincentivo de um dos mecanismos práticos de materialização do princípio da preservação da empresa no âmbito do processo de recuperação judicial.

5 ACÓRDÃO GARANTE AO SÓCIO CREDOR O DIREITO DE VOTO EM ASSEMBLEIA

Ratifica o posicionamento que ora defendemos, qual seja, o de que o sócio credor tem o direito de participar da votação em assembleia de credores, o julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0338.12.003352-1/003, pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com a seguinte ementa:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRELIMINARES - PERDA DE OBJETO - PARCIALMENTE ACOLHIDA - AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS E DE INTERESSE DE AGIR - REJEITADAS - MÉRITO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES -

PARTICIPAÇÃO DE CREDOR ACIONISTA COM DIREITO A VOTO -
AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL - LEI Nº 11.101/05 - RECURSO NÃO
PROVIDO NA PARTE CONHECIDA.

Não se conhece parcialmente do recurso quando há perda superveniente de parte do objeto, diante do indeferimento do pedido de antecipação da pretensão recursal, que visava à suspensão de realização de assembleia geral de credores e ao impedimento de participação de sócio credor, ocorrida no dia 08/04/2013.

A Lei de Recuperação Judicial não obsta a que sócio de empresa, que dela também é credor, possa participar de Assembleia Geral de Credores, inclusive com direito a voto no tocante ao plano de recuperação. (TJ-MG - AI: 10338120033521003 MG, Relator: Luís Carlos Gambogi. Data de Julgamento: 18/07/2013, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/07/2013)

Neste acórdão, foi negado provimento ao recurso que buscava impedir os sócios credores de participarem da assembleia geral. Para justificar a decisão, partiu-se do pressuposto de que os §§ 3º e 4º, do art. 49 (que dispõem sobre quem não pode votar em assembleia de credores), devem ser interpretados de maneira restritiva, por ser norma que excepciona, sendo dever do intérprete evitar o resultado excludente, que possa colocar em risco os direitos fundamentais. Para justificar essa interpretação, o relator utilizou os ensinamentos de Carlos Maximiliano:

Por mais opulenta que seja a língua e mais hábil quem a maneja, não é possível cristalizar numa fórmula perfeita tudo o que se deva enquadrar em determinada norma jurídica: ora o verdadeiro significado é mais estrito do que se deveria concluir do exame exclusivo das palavras ou frases interpretáveis; ora sucede o inverso, vai mais longe do que parece indicar o invólucro visível da regra em apreço. A relação lógica entre a expressão e o pensamento faz discernir se a lei contém algo de mais ou de menos do que a letra parece exprimir; as circunstâncias extrínsecas revelam uma ideia fundamental mais ampla ou mais estreita e põem em realce o dever de estender ou restringir o alcance do preceito. Mais do que regras fixas influem no modo de aplicar uma norma, se ampla, se estritamente, o fim colimado, os valores jurídico-sociais que lhe presidiram à elaboração e lhe condicionam a aplicabilidade. [...] As duas expressões - interpretação extensiva e restritiva deixam na penumbra, indistintas, imprecisas, mais ideias do que a linguagem faz presumir; tomadas na acepção literal, conduzem a frequentes erros. Nenhuma norma oferece frequentes erros. Nenhuma norma oferece fronteiras tão nítidas que eliminem a dificuldade em verificar se se deve passar além, ou ficar aquém no que as palavras parecem indicar. Demais não se trata de acrescentar coisa alguma, e, sim, de atribuir à letra o significado que lhe compete: mais amplo aqui, estrito acolá. A interpretação extensiva não faz avançar as raias do preceito; ao contrário, como a aparência verbal leva ao recuo, a exegese impele os limites de regra até ao seu verdadeiro posto. Semelhante advertência, mutatis mutandis, tem cabimento a respeito da interpretação restritiva: não reduz o campo da norma; determina-lhe as fronteiras exatas; não constitui de mais, nem de menos do que o texto exprime, interpretando à luz das ideias modernas sobre Hermenêutica. Rigorosamente, portanto, a exegese restritiva corresponde, na atualidade, á que outrora se denominava declarativa estrita; apenas declara o sentido verdadeiro e o alcance exato; evita a dilatação, porém não suprime coisa alguma. Abstém-se, entretanto, de exigir o sentido literal: a precisão reclamada consegue-se com o auxílio dos elementos lógicos, tomados em apreço todos os fatos jurídico-sociais que influíram para elaborar a regra positiva. (MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 199/201)

Conforme se vê, o acórdão em questão converge para as conclusões as quais chegamos neste estudo, sendo certo que a interpretação dada pelos julgadores, neste caso, veio permitir que se alcançasse o verdadeiro sentido da norma. No caso do art. 49, §§ 3º e 4º, da Lei nº 11.101/2005, a interpretação mais acertada seria a que realmente lhe foi dada pelo relator: a restritiva. E assim foi reconhecido, conforme defendemos, o direito do sócio credor de participar da assembleia de credores. Julgamento, portanto, paradigmático, dado o condão de representar, provavelmente, o início de uma guinada radical no entendimento do tema pelos operadores do direito voltados para o direito concursal.

CONCLUSÃO

Apesar de defendida por respeitáveis doutrinadores, não há fundamentos sólidos para sustentar uma leitura do art. 43, da Lei 11/101/2005, no sentido de negar ao sócio credor o direito de voto na assembleia. Ainda que com esforço, não é possível sustentar com solidez conclusões como a que defende a assertiva de que permitir o voto do sócio credor na assembleia de credores constituiria fator deslegitimação da vontade da maioria dos credores. Pelo contrário, a maioria é tanto mais ilegítima quanto menos expresse a composição real dos créditos sujeitos ao processo de recuperação judicial, e, neste aspecto, o crédito particular do sócio da sociedade em recuperação em nada se diferencia dos créditos de terceiros não vinculados ao quadro social. Assim sendo, parece inegável que excluir o sócio qualificado como credor particular da recuperação da votação tornaria o processo de aprovação do plano menos, e não mais, legítimo.

Da mesma forma, descabida a ideia defendida pela corrente doutrinária que nega direito a voto ao sócio credor em razão de um suposto conflito de interesses do sócio com os da assembleia, conflito este que seria inerente à participação do sócio credor como votante em assembleia. Não se pode pressupor que exista tal conflito, e, mais ainda, quando se considera a especial dinâmica processual da recuperação judicial instituída pela Lei nº 11.101/2005 que nos parece ser incompatível com a ideia de mera contraposição entre interesses privados, como se se tratasse de um processo judicial individual de natureza contenciosa.

Sob outro aspecto, ainda, o sócio credor, pessoa natural, não poderia ser confundido com a pessoa jurídica em recuperação a qual integra o quadro societário. São pessoas distintas, com interesses eventualmente distintos, inclusive. Por isto que, a vedação ao voto

ora denunciada, acaba por violar, também, o princípio da autonomia entre a pessoa jurídica e a pessoa dos sócios componentes do quadro societário.

Portanto, refutadas as ideias que restringem o direito de voto do sócio credor e, interpretando a Lei nº 11.101/2005 à luz da sua relação com o sistema jurídico na qual está inserida, não se poderia, em nossa opinião, concluir de maneira diversa da possibilidade de participação e de votação em assembleia de credores por parte do sócio credor da sociedade empresária em recuperação judicial. Os princípios constitucionais da igualdade e da propriedade e o princípio da preservação da empresa são fundamentos que se somam às disposições da lei para corroborar o entendimento defendido nesse estudo.

Em vista do exposto, conclui-se pela insubsistência da corrente que, com base em leitura isolada do art. 43, da Lei nº 11.101/2005, nega ao sócio credor direito a voto em assembleia de credores da sociedade em recuperação. Esse artigo de lei teria o condão de afastar somente o direito de voto em assembleia do sócio que não sustenta, simultaneamente, a qualidade de credor particular da sociedade empresária em recuperação judicial. O sócio que detém a qualidade de credor particular, portanto, deve ter o seu direito de voto reconhecido, segundo o sistema de classificação de créditos e votação instituído pela Lei nº 11.101/2005.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais: sobre a insuficiência do reconhecimento e da previsão legal e necessidade de mais efetividade**. Lisboa: Mimeografado, 2005. 28 p.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**,

Poder Executivo, Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acessado em 19 mai. 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Agravo de Instrumento: 10338120033521003 MG, Relator: Luís Carlos Gambogi, Data de Julgamento: 18/07/2013, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/07/2013.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CASTRO, Moema A. S. (Cord.). **Direito Falimentar Contemporâneo**. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109.

CORREA LIMA; Osmar Brina e Sérgio Mourão. (Org.). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FRONTINI. Paulo Salvador. Art. 126. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JUNIOR SOUZA, Francisco Satiro (Org.). **Comentários À Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KELSEN, Hans. 1881-1973. **Teoria Pura do Direito** [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: IBRASA, 1963.

LUCCA, Newton de; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo e ANTONIO, Nilva M. Leonardi (Coord.) **Direito Recuperacional. Vol. 2. Aspectos Teóricos e Práticos**. São

Paulo: Quartier Latin, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. V.III. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique, Coords. **Comentários À Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2009.