

A quem interessa pelejar pela proteção do instituto jurídico do artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005?

Paulo Lebre

*Advogado da CAIXA em São Paulo.
Especialista em Direito Processual
Civil pela PUC/SP.*

RESUMO

Illegalidade e inconstitucionalidade de decisões judiciais e também prática abusiva por parte das empresas em recuperação judicial e administradores judiciais que, fazendo uso dos mais diversos artifícios, ocasionam (i) desapropriação da garantia fiduciária e (ii) reclassificação do crédito extraconcursal para concursal, fazendo letra morta o artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Garantias Fiduciárias. Extraconcursalidade. Classificação de crédito.

ABSTRACT

Illegality and unconstitutionality of court decisions and also abusive practices on the part of companies under judicial recovery and judicial administrators which, by making use of a variety of articles, cause (i) expropriation of the fiduciary guarantee and (ii) credit extra-concursal reclassification to concursal, making a dead letter to article 49, § 3 of Law 11.101/2005.

Keywords: Fiduciary guarantees. Credit out of recuperation (extra-concursal). Credit classification.

1 O instituto jurídico do artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005

O presente estudo visa externar a problemática atualmente existente na aplicação do instituto jurídico insculpido no artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005, ou seja, a vontade legislativa da não participação nas recuperações judiciais dos créditos e/ou contratos quando o credor (normalmente instituição financeira) simplesmente estiver na posição de proprietário fiduciário, além da

proteção dos direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais. Vejamos de início o que diz o texto legal:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 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.

Portanto, o objetivo do presente estudo é trazer ao leitor elementos que subsidiem conclusões quanto a estarmos ou não em uma verdadeira peleja jurídica, donde tal conflito poderá até mesmo afetar gravemente as bases e o equilíbrio do Sistema Financeiro Nacional.

2. Aspectos importantes sobre o instituto jurídico em debate

A nossa Constituição Federal, em seu artigo 192, foi expressa em principiar que *O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.*

Dessa maneira, qualquer coisa que possa afetar de forma profunda o Sistema Financeiro Nacional, a toda evidência, afeta a coletividade e coloca em risco um dos sustentáculos do nosso sistema capitalista. E não podemos nos esquecer que o Sistema Financeiro Nacional é constituído também por todas as instituições financeiras públicas e privadas (conforme artigo 1º, inciso V da Lei 4.595/1964).

Art. 1º O sistema Financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído: (...)

V - das demais instituições financeiras públicas e privadas.

Essa mesma legislação dita, em seu artigo 4º, inciso VI, que compete ao Conselho Monetário Nacional disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras.

Sendo assim, não é difícil concluir que as instituições financeiras (e não somente a Caixa Econômica Federal) possuem função social – que é oferecer crédito em condições favoráveis ao desenvolvimento harmônico da economia nacional. Por isso a existência de todos os controles visando à liquidez e solvência das instituições financeiras.

Aqui, não se pretende discutir a questão do *spread* bancário, se é elevado/abusivo ou não, se é justo ou não, de acordo com as paixões teológicas existentes.

O que aqui se pretende fincar marco é no fato de que o Sistema Financeiro atinge sua finalidade quando faz, de maneira segura, circular o dinheiro. Como dizem muitos teóricos, a especulação financeira não desenvolve um país (por não permitir a circulação do dinheiro) e que grandes economias se fortalecem quando possibilitam essa circulação.

E circulação, pela própria composição da palavra, pressupõe o retorno ao ponto de partida. Logo, um banco – ao conceder um crédito – conta com seu retorno, obviamente remunerado, para fazer frente a toda a sua operação (até mesmo Adam Smith, em sua obra *A Riqueza das Nações*, de 1776, já dizia que o lucro é a base do aumento da riqueza – vide https://pt.wikipedia.org/wiki/A_Riqueza_das_Na%C3%A7%C3%B5es).

Todavia, jamais, ênfase - absolutamente jamais, o Sistema Financeiro Nacional deve se curvar à satisfação de interesses individuais (mesmo que homogêneos), pois tem o dever de fazer prevalecer os interesses difusos da coletividade.

A Recuperação Judicial, e isso jamais pode ser esquecido, é destinada a sanear a situação de crise econômico-financeira de um devedor privado (provocada ou não por ele, a exemplo de uma má gestão), visando salvaguardar a manutenção da fonte produtora e dos empregos de seus trabalhadores – ou seja, o objetivo é servir de instrumento para a manutenção da chama-

da função social da empresa – de uma empresa ou grupo econômico de empresas coligadas.

Entretanto, esta função social não possui um espectro difuso, afinal, até pela concorrência, existem inúmeras empresas no mercado desenvolvendo atividades idênticas às de uma empresa em recuperação judicial (afinal, monopólio não é regra no nosso sistema jurídico), e suas atividades e estrutura podem migrar para um outro empresário que melhor saiba dar trato às suas atividades.

Desse modo, é necessário que seja arduamente defendido pelas instituições financeiras que o Princípio da Preservação da Empresa não tem nada de difuso ou coletivo – pois tão somente visa proteger um átomo, ou seja, uma específica fonte produtora, e não a molécula de um ramo de atividade como um todo.

A quem se interessar em ler todas as discussões havidas durante o PL 4376/1993 que resultou na Lei Ordinária 11.101/2005, constatará que houve debates a respeito do *spread* bancário e da pressão para que todos os créditos bancários integrassem o Plano de Recuperação Judicial (vide <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20846>).

Contudo, prevaleceu a vontade legislativa de se excluir, por completo, somente alguns créditos bancários – quais sejam, aqueles (aqui debatidos) em que o credor, por exemplo, seja titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis.

Vamos cirurgicamente dividir o texto do § 3º do artigo 49: de início, o legislador definiu a pessoa do credor (qualidade pessoal) que poderá se beneficiar desta exceção do *caput*:

- (a) credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis;
- (b) credor titular de arrendador mercantil;
- (c) credor titular proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias;
- (d) credor proprietário em contrato de venda com reserva de domínio;

Depois, o legislador definiu o objeto e as consequências jurídicas:

- (a) seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e;

- (b) prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais;
- (c) prevalecerão as condições contratuais;

Pelo simples destacamento das partes citadas anteriormente do § 3º, é possível se ter com solar clareza que a intenção do legislador foi firme em (i) não permitir a participação de contratos/créditos com as características lá minuciosamente especificadas na Recuperação Judicial, e (ii) não permitir qualquer alteração do contrato, mantendo totalmente hígidos o crédito e a garantia contratualmente pactuada.

Portanto, temos que o legislador no indigitado §3º foi absolutamente claro em excluir da Recuperação Judicial (logo, considerando créditos extraconcursais) o (i) crédito; (ii) contrato/condições contratuais; (iii) garantias/propriedade fiduciária, sem absolutamente definir qualquer condição, critério, modulação, limites, etc...

Este é o cerne do presente estudo, pois na prática, contra esta conclusão (que é absolutamente lógica), está sendo feita tábula rasa pelo Judiciário paulista e pelas empresas em Recuperação Judicial. Créditos e contratos que se subsumem ao §3º do artigo 49 da Lei 11.101/2005 devem ficar totalmente de fora da Recuperação Judicial – quando muito, listados nos balanços e demonstrativos contábeis –, tal como as eventuais obrigações tributárias da empresa.

Com toda vênia, é uma agressão jurídica um credor ter que defender (o seu crédito extraconcursal) com escabroso labor (e comumente até o STJ) algo que é de cristalina interpretação legal. Não pode ser tido como lídima (e de boa-fé) a prática de tamanha ilegalidade de se inserir, no Quadro Geral de Credores (como crédito quirografário), todos os créditos com garantia fiduciária e colocar o credor para se defender de tal erro crasso.

O legislador pátrio tão somente excluiu da Recuperação Judicial alguns contratos bancários, tal como os contratos com créditos garantidos com propriedade fiduciária ou arrendamento mercantil ou venda imobiliária ou reserva de domínio. Todos os demais contratos bancários, ou seja, que não possuem estas indicadas garantias, efetivamente participam da novação forçada.

Como benefício à recuperanda, ao final do parágrafo 3º, somente foi dada uma garantia temporária de ela ficar na posse dos bens (que não são seus, por óbvio), durante o *stay period* e, e somente se, este bem for de capital essencial à sua

atividade empresarial (uma fotocopiadora, por exemplo, não o é). E mesmo nessa hipótese, a garantia e o contrato continuam hígidos.

Dessa forma, por trás deste dispositivo da Lei de Recuperação Judicial, nós temos uma verdadeira proteção ao Sistema Financeiro Nacional, para garantir o retorno (a circulação) do mútuo. Afinal, qualquer tipo de elemento surpresa não pode coexistir no nosso sistema jurídico, pois representa, no mínimo, grave desequilíbrio às operações de crédito.

Todos que trabalham em instituição financeira estão esfolados em saber que o banco não tem a intenção primeira de ficar com as garantias – ante o trabalho que tem de mantê-las, conservá-las e aliená-las.

Assim, as empresas em Recuperação Judicial deveriam, quando da apresentação dos documentos iniciais à concessão da Recuperação Judicial, tão somente listar e demonstrar os créditos extraconcursais, tal como os fiscais.

Não podemos deixar de lado o fato de que a Recuperação Judicial é um benefício legal – aliás, um tremendo benefício –, só que limitado àqueles não tão poucos créditos concursais (aqui estamos em mente com os quirografários).

O empresário, no dia a dia da sua gestão, assume compromissos com a sociedade (aqui no sentido de coletividade mesmo) e com um limitado número de parceiros e colaboradores.

O que a lei lhe permite é, com a recuperação judicial, debater sua situação financeira com este limitado número de parceiros e colaboradores que possuem crédito considerado concursal (elegível à recuperação judicial).

A outra faceta disso é também resolver (só que fora da recuperação judicial) as obrigações extraconcursais e fiscais.

Portanto, foi o legislador pátrio quem delineou (e, ao ver deste advogado, bem detalhou) no artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005 quais créditos são concursais e quais são extraconcursais.

Ou seja, não cabe à recuperanda, não cabe ao Poder Judiciário e não cabe ao administrador judicial, por vontade própria, transmutar a legal natureza do crédito. Ainda mais unilateralmente.

Neste trabalho, não iremos discutir a possibilidade de, em um Plano de Recuperação Judicial, poder ser pactuada a adesão de credores extraconcursais ao plano – donde, em expressa manifestação de vontade, um credor extraconcursal (a exemplo quando existir esvaziamento da garantia fiduciária) adere ao Plano de Recuperação Judicial.

Aqui, iremos limitar esta questão sob o exclusivo enfoque da competência / legalidade para tanto por parte do Juízo Recuperacional, seus auxiliares e da recuperanda. Afinal, nem a recuperanda e nem ao Juízo é permitido não aplicar ou descumprir a lei.

3 Exemplos de decisões prolatadas pelo TJSP

De início, vejamos a decisão prolatada no Agravo de Instrumento nº 2239208-07.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, são agravados POLI CARE LTDA, IDEALCARE LTDA, HCH SERVIÇOS DOMICILIARES LTDA., e outros, caso no qual a Caixa possui Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios sobre Recebíveis de Plano de Saúde (Saúde Caixa).

EMENTA: Agravo de instrumento – Recuperação judicial de IDEAL CARE LTDA E OUTRAS – Decisão que determinou que a agravante devolva às recuperandas o valor retido, devidamente atualizados, bem como se abstenha de efetuar novas retenções por força do referido contrato de prestação de serviços – Inconformismo da casa bancária – Descabimento – Oposição ao julgamento virtual – Rejeição – Hipótese que não se enquadra nos casos previstos no art. 937 do CPC e art. 146, § 4º do Regimento Interno deste E. Tribunal – Prevalência dos princípios da efetividade e da celeridade no julgamento de processos recuperacionais e falimentares – Julgamento virtual mantido. Cessão fiduciária de recebíveis de plano de saúde – Cessão sobre créditos futuros, ou seja, ainda não performados – Impossibilidade de retenção – Notícia de que os descontos implementados na conta da recuperanda ocorreram após a distribuição do pedido da recuperação judicial – Precedentes desta Câmara Reservada de Direito Empresarial – Pedido de investigação por suposta infração aos artigos 167 e 171 da Lei 11.101/05 – Indeferimento – Ausência de elementos mínimos que indiquem a ocorrência do ilícito – Decisão mantida – RECURSO IMPROVIDO.

Neste caso, criou-se como artifício (inexistente no § 3º do artigo 49 da Lei 11.101/2005) a cisão, com base na data da Recuperação Judicial, das chamadas garantias performadas e não

performadas. Ou seja, as garantias ditas não performadas (e sabe-se lá o que isso quer dizer, pois não é um instituto jurídico), pactuadas em contrato, são desapropriadas em favor da recuperanda.

Vejamos também a decisão prolatada no Agravo de Instrumento nº 2259187-18.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, é agravado VALERIA DAVANSOAGUADO EIRELLI, caso no qual a Caixa já havia se apropriado de garantias fiduciárias (i) antes do ingresso com a RJ e (ii) antes do início do *stay period*:

EMENTA: Agravo de instrumento – Recuperação judicial – Decisão recorrida que concedeu a tutela de urgência requerida pela recuperanda “para determinar o imediato estorno dos valores utilizados para a amortização de crédito concursal no valor de R\$ 819.486,91 (oitocentos e dezenove mil, quatrocentos e oitenta e seis reais e noventa e um centavos) e a imediata paralisação de referidas amortizações” – Inconformismo da instituição financeira – Acolhimento em parte – Questão examinada que é adstrita à verificação do preenchimento dos pressupostos legais para a concessão da tutela de urgência – Pressupostos autorizadores da concessão da tutela de urgência que restaram evidenciados, mas não nos termos pretendidos pela recuperanda – Crédito do banco decorrente de cédulas de crédito bancário garantida por cessão fiduciária de direitos creditórios (recebíveis) – Em se tratando de alienação fiduciária de créditos futuros, somente os créditos cedidos fiduciariamente até o pedido de recuperação judicial estão, em tese, sujeitos à regra prevista no artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05, de modo que os créditos não performados constituem, ao que tudo indica, créditos concursais – Pretensão das recuperandas que, ao que parece, está, em parte, de acordo com o entendimento adotado por esta Câmara em casos análogos, a corroborar a probabilidade do direito – Periculum in mora evidenciado – Decisão recorrida reformada em parte – Recurso parcialmente provido.

Neste caso em específico, o perito contábil, em uma verdadeira cegueira intencional, ignorou toda a documentação apresentada por, pelo menos, três vezes nos autos e em divergência

administrativa e, em conjunto com o administrador judicial, proferiu parecer no sentido de a Caixa não ter comprovado se tratar de garantia fiduciária, sendo, por fim, a Caixa compelida a devolver para a empresa recuperada a integralidade das garantias recebidas até mesmo antes da data de ingresso da recuperação judicial.

Esses casos ainda estão *sub judice*, mas demonstram o quanto existe de má intenção por parte das empresas recuperandas, e – o pior – com o aval do Poder Judiciário, de criar hipóteses, subterfúgios etc. que acabam se transformando em precedentes favoráveis às empresas recuperandas e fragilizam tão importante instituto do Sistema Financeiro Nacional.

Logo, é importante que a vontade do legislador e a vontade externada pelas partes quando da contratação da operação (legalmente extraconcursal) sejam assim mantidas permanentemente, frente ou não a uma recuperação judicial.

4 Da necessidade de se defender a intenção do legislador

Ainda bem que nossa Superior Corte, em diversas ocasiões, já se manifestou a respeito e em total respeito à letra da lei e intenção legislativa, ou seja, de que o credor titular da posição de proprietário fiduciário tem por direito não ter a integralidade do seu crédito (garantido fiduciariamente) sujeito à recuperação judicial, posto que o artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005 não traz qualquer limitação ou modulação (pois assim não fez o legislador), seja (i) quanto ao momento de performance da garantia (ou seja, extinção da prestada garantia fiduciária simplesmente com a distribuição da RJ – de modo que todas as garantias fiduciárias que surgirem após a RJ não mais sirvam de garantia), e (ii) seja quanto à limitação da extraconcursalidade do valor do crédito frente ao valor da garantia (isso ainda mais considerando a data da contratação do crédito e não a data da RJ e o valor da garantia nesta mesma data).

Portanto, é necessário que seja efetivamente garantido (como está sendo feito perante o STJ) às instituições financeiras o todo livremente pactuado em contrato com garantia fiduciária, ou seja, que não seja dada proteção exacerbada às recuperandas que não foi prevista pelo legislador no artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005, de modo a se garantir a manutenção e a higidez das garantias fiduciárias em sua integralidade, assim como a extraconcursalidade do crédito também em sua integralidade sempre que a operação de crédito for garantia

com algum tipo (ou percentual) de alienação ou cessão fiduciária de bens móveis ou imóveis, seja prestadas pela recuperanda ou por terceiros.

Tal como julgado no AgInt no Recurso Especial N° 1.979.903 - SP (2021/0403380-7):

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE RECEBÍVEIS. AUSÊNCIA DE DIFERENÇA ENTRE CRÉDITOS A SEREM PERFORMADOS APÓS A DECISÃO DE PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E AQUELES JÁ PERFORMADOS ATÉ AQUELE MARCO TEMPORAL. CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA COM A CONTRATAÇÃO. ENTENDIMENTO DESTA CORTE NESSE SENTIDO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. A constituição da propriedade fiduciária, oriunda de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, dá-se a partir da própria contratação. 2. Segundo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, o crédito garantido fiduciariamente - como na espécie - não se submete à recuperação judicial, por força do art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, pois é de propriedade (resolúvel) do credor, e não da empresa recuperanda. 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é prescindível averiguar o momento em que o crédito é performado, se antes ou depois do processamento da recuperação. Precedentes. 4. Agravo interno desprovido.

Além do mais, temos o dever legal (por parte do Órgão Julgador) de manter coerentes e estabilizadas as decisões do STJ, dever este constante do artigo 926 do CPC (*Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*).

Como se pode ver na notícia do E. STJ em <https://www.stj.jus.br/sites/portallp/Paginas/Comunicacao/Noticias/21102021-Credito-com-garantia-fiduciaria—mesmo-que-prestada-por-terceiros—nao-sofre-os-efeitos-da-recuperacao.aspx>, o crédito com garantia fiduciária, mesmo que prestada por terceiros, não sofre os efeitos da recuperação judicial, pois, de acordo com a conclusão lá externada, o dispositivo legal (§3º do artigo 49) afasta por completo dos efeitos da recuperação judicial não somente o bem alienado fiduciariamente, mas também o próprio contrato que ele garante.

Também se pode ver em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/13122021-Credito-credido-fiduciariamente-nao-e-bem-de-capital-e-nao-se-submete-aos-efeitos-da-recuperacao.aspx>, que crédito cedido fiduciariamente não é bem de capital e não se submete aos efeitos da recuperação judicial, podendo (de acordo com o lá transcrito, em precedente por maioria da Segunda Seção do STJ) os recebíveis cedidos fiduciariamente não serem tidos como bens de capital e, ainda, que os contratos com este tipo de garantia não se submetem ao regime da recuperação.

Quanto ao ser irrelevante o tal momento de performance do crédito, temos em [https://www.migalhas.com.br/quentes/393297/stj-creditos-fiduciarios-nao-se-sujeitam-a-recuperacao-judicial-material-mencionando-decisao-do-Ministro-Marco-Aurelio-Bellizze-\(do-STJ\)-quanto-ao-ser-absolutamente-irrelevante-tal-momento-de-performance-\(fazendo-mencao-ao-posicionamento-do-TJSP\),-no-qual-ele-salienta-que-o-entendimento-da-2a-Secao-firmou-se-no-sentido-de-que-o-credito-garantido-fiduciariamente,-como-na-especie,-nao-se-submete-a-recuperacao-judicial,-por-forca-do-art.-49,-§-3o,-da-lei-11.101/05,-pois-e-de-propriedade-\(resolovel\)-do-credor,-e-nao-da-empresa-recuperanda,-motivo-pelo-qual-se-pode-concluir-ser-desinfluyente-o-momento-em-que-e-performado,-se-antes-ou-depois-do-processamento-da-recuperacao-”. Esta decisão está no RESP 1.979.903/SP. Mas vejamos a seguir esta e outras decisões:](https://www.migalhas.com.br/quentes/393297/stj-creditos-fiduciarios-nao-se-sujeitam-a-recuperacao-judicial-material-mencionando-decisao-do-Ministro-Marco-Aurelio-Bellizze-(do-STJ)-quanto-ao-ser-absolutamente-irrelevante-tal-momento-de-performance-(fazendo-mencao-ao-posicionamento-do-TJSP),-no-qual-ele-salienta-que-o-entendimento-da-2a-Secao-firmou-se-no-sentido-de-que-o-credito-garantido-fiduciariamente,-como-na-especie,-nao-se-submete-a-recuperacao-judicial,-por-forca-do-art.-49,-§-3o,-da-lei-11.101/05,-pois-e-de-propriedade-(resolovel)-do-credor,-e-nao-da-empresa-recuperanda,-motivo-pelo-qual-se-pode-concluir-ser-desinfluyente-o-momento-em-que-e-performado,-se-antes-ou-depois-do-processamento-da-recuperacao-)

1) RESP 1.979.903/SP (recentíssimo caso idêntico):

https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=217784618®istro_numero=202104033807&peticao_numero=202300958109&publicacao_data=20231117&formato=PDF



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agint no RECURSO ESPECIAL Nº 1979903 - SP (2021/0403380-7)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
 AGRAVANTE : ELDORADO INDUSTRIAS PLASTICAS LTDA - EM
 RECUPERACAO JUDICIAL EM RECUPERACAO JUDICIAL
 ADVOGADOS : LUIZ FELIPE MARQUES DE QUEIROZ - SP285775
 GUILHERME ROBERTO CORTEZ LOPES - SP300092
 AGRAVADO : BANCO RENDIMENTO SIA
 ADVOGADO : LÉO ROSENBAUM - SP176029
 INTERES. : F REZENDE CONSULTORIA E ADMINISTRACAO JUDICIAL
 LTDA - ADMINISTRADOR
 ADVOGADO : FREDERICO ANTÔNIO OLIVEIRA DE REZENDE - SP195329

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE RECEBÍVEIS. AUSÊNCIA DE DIFERENÇA ENTRE CRÉDITOS A SEREM PERFORMADOS APÓS A DECISÃO DE PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E AQUELES JÁ PERFORMADOS ATÉ AQUELE MARCO TEMPORAL. CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA COM A CONTRATAÇÃO. ENTENDIMENTO DESTA CORTE NESSE SENTIDO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. A constituição da propriedade fiduciária, oriunda de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, dá-se a partir da própria contratação.
2. Segundo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, o crédito garantido fiduciariamente – como na espécie – não se submete à recuperação judicial, por força do art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, pois é de propriedade (resolúvel) do credor, e não da empresa recuperanda.
3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é prescindível averiguar o momento em que o crédito é performado, se antes ou depois do processamento da recuperação. Precedentes.
4. Agravo interno desprovido.

2) RESP 1.875.403/SP (caso idêntico envolvendo a Caixa):

https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=119576351®istro_numero=201901769762&peticao_numero=202000604122&publicacao_data=20201218&formato=PDF

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1875403 - SP (2019/0176976-2)

RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
AGRAVANTE : TOMÉ EQUIPAMENTOS E TRANSPORTES LTDA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
AGRAVANTE : TOME ENGENHARIA SA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
AGRAVANTE : TOME EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS E PARTICIPACOES S.A EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
AGRAVANTE : SANTALUZ LOGISTICA E TRANSPORTE INTERMODAL LTDA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
AGRAVANTE : TOMÉ EDIFICACOES LTDA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
AGRAVANTE : BELA ROMA SPE LTDA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
AGRAVANTE : TOMÉ PARTICIPACOES LTDA (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL)
ADVOGADOS : PAULO GUILHERME DE MENDONÇA LOPES - SP098709
 MARCELO ALVES MUNIZ - SP293743
AGRAVADO : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
ADVOGADOS : EDISON BALDI JUNIOR - SP206673
 MARCELA PORTELA NUNES BRAGA E OUTRO(S) - DF029929
INTERES. : SOTREL EQUIPAMENTOS S.A EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
ADVOGADO : ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO E OUTRO(S) - SP098628

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ARTIGO 49, § 3º, DA LEI 11.101/05. CRÉDITO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. MANUTENÇÃO NÃO APENAS DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE SOBRE A COISA, MAS TAMBÉM DAS CONDIÇÕES CONTRATUAIS.

AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

3) RESP 1.938.706/SP:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2094482&num_registro=202003120220&data=20210916&formato=PDF

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.938.706 - SP (2020/0312022-0)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
ADVOGADOS : ROBERTA PATRIARCA MAGALHÃES - SP219114
 ANDRESSA BORBA PIRES - SP223649
RECORRIDO : MEDICAL LINE COMERCIO E MATERIAL MEDICO HOSPITALAR LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
RECORRIDO : ML COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO DE MATERIAL MEDICO HOSPITALAR LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
ADVOGADO : LEONARDO LIMA CORDEIRO - SP221676
INTERES. : KPMG CORPORATE FINANCE LTDA - ADMINISTRADOR
OUTRO NOME : KPMG CORPORATE FINANCE S.A.
ADVOGADO : OSANA MARIA DA ROCHA MENDONÇA - SP122930

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO À RELAÇÃO DE CREDORES. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CRÉDITOS GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BEM IMÓVEL DE TERCEIROS. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFASTA A INCIDÊNCIA DA REGRA DO ART. 49, § 3º, DA LFRE.

1. Incidente de impugnação à relação de credores distribuído em 24/1/2019. Recurso especial interposto em 15/4/2020. Autos conclusos ao gabinete da Relatora em 3/3/2021.

2. O propósito recursal, além de verificar eventual negativa de prestação jurisdiccional, consiste em definir (i) se o crédito vinculado à garantia prestada por terceiros se submete aos efeitos da recuperação judicial da devedora bem como (ii) se, para não sujeição de créditos garantidos por cessão fiduciária, é necessária a inequívoca identificação do objeto da garantia.

3. Devidamente analisadas e discutidas as questões deduzidas pelas partes, não há que se cogitar de negativa de prestação jurisdiccional, ainda que o resultado do julgamento não satisfaça os interesses da recorrente.

4. O afastamento dos créditos de titulares de posição de proprietário fiduciário dos efeitos da recuperação judicial da devedora independe da identificação pessoal do fiduciante ou do fiduciário com o bem imóvel ofertado em garantia ou com a própria recuperanda. Precedente específico da Terceira Turma.

RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

4) RESP 1.549.529/SP:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1547570&num_registro=201303777863&data=20161028&formato=PDF

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.549.529 - SP (2013/0377786-3)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
 RECORRENTE : CASA ECONÔMICA FEDERAL
 ADVOGADOS : ROBERTO SANT'ANNA LIMA - SP116470
 ROBERTA PATRIARCA MAGALHÃES E OUTRO(S) - SP219114
 RECORRIDO : INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LUTÉCIA LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
 ADVOGADOS : JOSÉ FRANCISCO GALINDO MEDINA E OUTRO(S) - SP091124
 JAIR ALBERTO CARMONA - SP027414

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL E CIVIL. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CREDOR TITULAR DE PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. GARANTIA PRESTADA POR TERCEIRO. INCIDÊNCIA DO ART. 49, § 3º, DA LEI N. 11.101/05. EXTENSÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.
 1. Debate-se nos autos a necessidade de o bem imóvel objeto de propriedade fiduciária ser originariamente vinculado ao patrimônio da recuperanda para fins de afastamento do crédito por ele garantido dos efeitos da recuperação judicial da empresa.
 2. Na propriedade fiduciária, cria-se um patrimônio destacado e exclusivamente destinado à realização da finalidade de sua constituição, deslocando-se o cerne do instituto dos interesses dos sujeitos envolvidos para o escopo do contrato.
 3. O afastamento dos créditos de titulares de propriedade fiduciária dos efeitos da recuperação, orientado por esse movimento que tutela a finalidade de sua constituição, independe da identificação pessoal do fiduciante ou do fiduciário com o bem imóvel ou com o próprio recuperando, simplifica o sistema de garantia e estabelece prevalência concreta da propriedade fiduciária e das condições contratuais originárias, nos termos expressos pelo art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/05.
 4. Recurso especial conhecido e provido.

5) RESP 1.629.470/MS:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1761532&num_registro=201600270477&data=20211217&formato=PDF

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.629.470 - MS (2016/0020747-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
 RECORRENTE : ITAU UNIBANCO S.A
 ADVOGADOS : JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA E OUTRO(S) - PR021731
 RAFAEL DE OLIVEIRA GUIMARÃES - PR035979
 ANSELMO MOREIRA GONZALEZ E OUTRO(S) - SP248433
 MATEUS REZENDE DE SAMPAIO E OUTRO(S) - RJ197809
 RECORRIDO : SÃO BENTO COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS E PERFUMARIA LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
 RECORRIDO : DISTRIBUIDORA BRASIL DE MEDICAMENTOS LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
 RECORRIDO : TRANSMED DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS HOSPITALARES LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
 RECORRIDO : 6 F PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
 ADVOGADO : CARLOS ALBERTO ALMEIDA DE OLIVEIRA FILHO E OUTRO(S) - MS012353A

EMENTA

DIREITO CIVIL E COMERCIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITO DE CRÉDITO. REGISTRO EM CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS. DESNECESSIDADE DE REGISTRO PARA A CONSTITUIÇÃO DA GARANTIA. CREDOR NÃO SUJEITO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE.
 1. A cessão fiduciária de título de crédito, nos termos da disciplina específica da Lei 4.728/95, com a redação dada pela Lei 10.931/2004, não depende de registro em cartório de títulos e documentos para ser constituída, não se lhe aplicando a regra do art. 5º do art. 1.361 do Código Civil, regente da cessão fiduciária de coisa móvel infungível.
 2. O registro da cessão fiduciária do título de crédito pode ser necessário para salvaguardar eventual direito de terceiro a quem o título de crédito seja oporável, a saber, o devedor do título de crédito cedido pela recuperanda. Não há repercussão na esfera de direitos dos demais credores, donde a irrelevância da existência do registro para o processo de recuperação.
 3. De acordo com a pacífica jurisprudência do STJ, por força do art. 49, §3º, da Lei 11.101/2005, não se submetem à recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária. Precedentes.
 4. Impossibilidade de se impor restrições à propriedade fiduciária de crédito, por não se tratar de bem de capital, segundo entendimento desta Corte Superior. (AgInt no Resp. 1.475.258-MS, rel Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 20.2.2017).
 5. Recurso especial conhecido e provido.

6) RESP 1.412.529/SP:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1452760&num_registro=201303447142&data=20160302&formato=PDF

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.412.529 - SP (2013/0344714-2)

RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
 R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
 RECORRENTE : BANCO BBM S/A
 ADVOGADOS : SERGIO BERNHUES
 SERGIO SANTOS DO NASCIMENTO
 RODRIGO TANNURI E OUTRO(S)
 RECORRIDO : LWS COMÉRCIO E SERVIÇOS EM INFORMÁTICA LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OUTRO(S)
 ADVOGADOS : VICENTE ROMANO SOBRINHO
 FERNANDO FIOREZZE DE LUIZ E OUTRO(S)
 INTERES. : NOBRE ADVOGADOS ASSOCIADOS
 ADVOGADO : ELIANE GONSALVES E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO FIDUCIÁRIA SOBRE DIREITOS SOBRE COISA MÓVEL E SOBRE TÍTULOS DE CRÉDITO. CREDOR TITULAR DE POSIÇÃO DE PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO SOBRE DIREITOS CREDITÍCIOS. NÃO SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NOS TERMOS DO § 3º DO ART. 49 DA LEI N. 11.101/2005. MATÉRIA PACÍFICA NO ÂMBITO DAS TURMAS DE DIREITO PRIVADO DO STJ. PRETENSÃO DE SUBMETER AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, COMO CRÉDITO QUIROGRAFÁRIO, OS CONTRATOS DE CESSÃO FIDUCIÁRIA QUE, À ÉPOCA DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, NÃO SE ENCONTRAVAM REGISTRADOS NO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS DO DOMÍLIO DO DEVEDOR. COM ESTEIO NO § 1º DO ART. 1.361-A DO CÓDIGO CIVIL. INSUBSISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

7) RESP 1.829.641/SC:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1859554&num_registro=201902263994&data=20190905&formato=PDF

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.829.641 - SC (2019/0226399-4)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
 RECORRENTE : INDÚSTRIAS ROMI S/A
 ADVOGADOS : MATEUS DANTAS DE CARVALHO - DF026261
 MOZART VICTOR RUSSOMANO NETO - DF029340
 LUIZ GABRIEL DE ANDRADE - DF048163
 BARBARA CARLOS SILVA MORHEB - DF054327
 RECORRIDO : METALURGICA D S LTDA
 ADVOGADOS : PAULO CEZAR SIMÕES CALHEIROS - SP242665
 JULIO KAHAN MANDEL - SC038035
 INTERES. : GLADIUS CONSULTORIA E GESTAO EMPRESARIAL S/S LTDA
 ADVOGADO : AGENOR DAUFENBACH JUNIOR - SC032401

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO. COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO. NÃO SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA COMPRADORA. DESNECESSIDADE DE REGISTRO.

1. Impugnação de crédito apresentada em 27/7/2017. Recurso especial interposto em 2/10/2018. Conclusão ao Gabinete em 15/8/2019.
2. O propósito recursal é definir se os créditos titularizados pela recorrente, concernentes a contrato de compra e venda com reserva de domínio celebrado com a recorrida, estão ou não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial desta.
3. Segundo o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05, o crédito titularizado por proprietário em contrato de venda com reserva de domínio não se submete aos efeitos da recuperação judicial do comprador, prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais.
4. A manutenção da propriedade do bem objeto do contrato com o vendedor até o implemento da condição pactuada (pagamento integral do preço) não é afetada pela ausência de registro perante a serventia extrajudicial.
5. O dispositivo legal precitado exige, para não sujeição dos créditos detidos pelo proprietário em contrato com reserva de domínio, apenas e tão somente que ele ostente tal condição (de proprietário), o que decorre da própria natureza do negócio jurídico.
6. O registro se impõe como requisito tão somente para fins de publicidade, ou seja, para que a reserva de domínio seja oponível a terceiros que possam ser prejudicados diretamente pela ausência de conhecimento da existência de tal cláusula. É o que pode ocorrer com aquele que venha a adquirir o bem cujo domínio ficou reservado a outrem (venda a *non domino*); ou, ainda, com aqueles que pretendam a aplicação, em juízo, de medidas constritivas sobre a coisa que serve de objeto ao contrato. Todavia, a relação estabelecida entre o comprador – em recuperação judicial – e seus credores versa sobre situação distinta, pois nada foi estipulado entre eles acerca dos bens objeto do contrato em questão. Precedente específico. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

8) RESP 1.207.117/MG:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1463612&num_registro=201001459888&data=20151125&formato=PDF

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.207.117 - MG (2010/0145988-8)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
 RECORRENTE : ADUBOS SANTA MARIA S/A
 ADVOGADO : DANIEL SALIMENA DE CARVALHO E OUTRO(S)
 RECORRIDO : ITAU UNIBANCO S/A
 ADVOGADO : RODRIGO SERPEJANTE DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

2. É de presumir que a empresa que se socorre da recuperação judicial se encontra em dificuldades financeiras tanto para pagar fornecedores e passivo tributário (obtendo certidões negativas de débitos) como para obter crédito na praça em razão do aparente risco de seus negócios; por conseguinte, inevitavelmente, há fragilização em sua atividade produtiva e capacidade competitiva.
3. Em razão disso é que a norma de regência, apesar de estabelecer que todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, estejam sujeitos à recuperação judicial (LRE, art. 49, *caput*), também preconiza, nos §§ 3º e 4º do dispositivo, a denominada "trava bancária", isto é, exceções que acabam por conferir tratamento diferenciado a determinados créditos, normalmente titulados pelos bancos, afastando-os dos efeitos da recuperação, justamente visando conferir maior segurança para concessão do crédito e diminuindo o *spread* bancário.
4. O STJ possui entendimento de que "a novação resultante da concessão da recuperação judicial após aprovação o plano em assembleia é sui generis, e as execuções individuais ajuizadas contra a própria devedora devem ser extintas, e não apenas suspensas" (REsp 1272697/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 18/06/2015).
5. Na hipótese, o recorrido, credor fiduciário, apesar de não se sujeitar ao plano de reorganização, acabou sendo nele incluído, tendo o magistrado efetivado sua homologação.
6. Apesar disso, ainda que o crédito continue a figurar no plano de

EMENTA

DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CRÉDITO FIDUCIÁRIO INSERIDO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IRRELEVÂNCIA. CRÉDITO QUE NÃO PERDE SUA CARACTERÍSTICA LEGAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. POSSIBILIDADE.

1. O art. 47 DA Lei de Falências serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".
- recuperação judicial devidamente homologado, não se submeterá à novação efetivada nem perderá o direito de se valer da execução individual, nos termos da lei de regência, para efetivar a busca da posse dos bens de sua propriedade.
7. Isso porque a instituição de tal privilégio (LF, art. 49, § 3º) foi opção legislativa com nítido intuito de conferir crédito para aqueles que estão em extrema dificuldade financeira, permitindo que superem a crise instalada. Não se pode olvidar, ademais, que o credor fiduciário de bem móvel ou imóvel é, em verdade, o real proprietário da coisa (propriedade resolúvel e posse indireta), que apenas fica depositada em mãos do devedor (posse direta) até a solução do débito.
8. Deveras, tais créditos são imunes aos efeitos da recuperação judicial, devendo ser mantidas as condições contratuais e os direitos de propriedade sobre a coisa, pois o bem é patrimônio do fiduciário, não fazendo parte do ativo da massa. Assim, as condições da obrigação advinda da alienação fiduciária não podem ser modificadas pelo plano de recuperação, com a sua novação, devendo o credor ser mantido em sua posição privilegiada.
9. Não se poderia cogitar que o credor fiduciário, incluído no plano de recuperação, teria, por conduta omissiva, aderido tacitamente ao quadro. É que referido credor nem sequer pode votar na assembleia geral, não podendo ser computado para fins de verificação de *quorum* de instalação e deliberação, nos termos do art. 39, § 1º da LF, sendo que, como sabido, uma das principais atribuições do referido colegiado é justamente o de aprovar, rejeitar ou modificar o plano apresentado pelo devedor.
10. Recurso especial a que se nega provimento.

Em evento com festejado doutrinador, ilustre professor e agora advogado (<https://sobadv.com.br/marcelo-sacramone/>) Dr. Marcelo Sacramone, anos atrás, já se debateu se o proceder das empresas recuperandas afrontando a legislação seria ou não considerado ilícito dos artigos 168 e 171 da Lei 11.101/2005 (pois o Judiciário, efetivamente, se esquivava de tal análise).

Sim, pois a Lei 11.101/2005 traz uma estrutura penal para condutas ilícitas. O artigo 168 prevê pena de reclusão para quem *"Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem"*. Ora, incluir um crédito notoriamente extraconcursal (com garantia fiduciária, por exemplo) na recuperação judicial e colocar o credor a debater com escabroso labor até o STJ a exclusão do seu crédito, seria o quê? Indiscutivelmente, um ato fraudulento!

No artigo 171, também sob pena de reclusão, há a previsão de *"Sonegar ou omitir informações ou prestar informações falsas no processo de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, com o fim de induzir a erro o juiz, o Ministério Público, os credores, a assembléia-geral de credores, o Comitê ou o administrador judicial"*. Colocar toda a máquina judiciária para discutir um crédito sabidamente extraconcursal passa por prestar informações inverídicas ou falsas com a finalidade de induzir em erro Juiz e credores.

Portanto, faz parte da peleja que estamos debatendo fazer o Poder Judiciário ver que a recuperanda não possui direito líquido e certo de classificar os créditos à sua exclusiva vontade, e, menos ainda, com base em doutrinas (contábeis e ou financeiras) ou mesmo jurisprudência local manifestamente contrária à pacífica posição do STJ.

Como foi demonstrado anteriormente, as assertivas inventadas para que um determinado crédito deva ser cindido em parte concursal e parte extraconcursal, de acordo com a percentagem que a garantia fiduciária faz frente (ou força) quando da contratação do crédito, e/ou, se a garantia estava parte performada ou não performada na data do pedido de recuperação judicial... nada disso encontra escólio na legislação de recuperação judicial.

Ou seja, na existência de um contrato que preencha os requisitos do § 3º do artigo 49 da Lei 11.101/2005, a exemplo de contrato com garantia fiduciária, a recuperanda tem o dever

legal de listá-lo como extraconcursal. Nada mais além disso! E, se desejar, prever em seu Plano de Recuperação Judicial a possibilidade de credores extraconcursais aderirem ao seu plano – que faça, para isso, uma sadia negociação quanto a esta hipótese.

Muito se criticava, no passado, o sistema das concordatas... É certo, pois era fruto de um cenário mercadológico da década de 1940. Mas o que ninguém conta (e somente sabe quem trabalhou nessa época com essa legislação) é que as negociações, legais e jurídicas, sempre existiram – a exemplo do mercado de compra e venda de créditos com risco (e isso em uma época em que se imperavam os títulos de crédito, notadamente as duplicatas mercantis). Em poucas palavras, o negociar/renegociar é inerente a qualquer situação de crise, em qualquer época, e sem que isso implicasse em qualquer artilosa artimanha visando causar prejuízos para os bancos. Por que, agora, se tornou regra causar prejuízos aos bancos? Absolutamente, este proceder tem que ser compelido.

Enfim, deixando o passado no passado, o que merece ser destacado é que o processo recuperacional é algo complexo, mas precisa de um trato individualizado credor a credor, crédito a crédito, seguindo rigorosamente as regras do jogo.

Aliás, é este espírito que norteia a Lei 11.101/2005 e suas modificações, ou seja, a participação ativa dos credores no processo recuperacional.

Caso contrário, a recuperação judicial estaria sendo transmutada para um instrumento legal de auferimento de lucratividade sem qualquer produção/contraprestação à sociedade. Ocorre que, na prática, é isso que, infelizmente, se constata.

A recuperação judicial, tal como foi desenhada e está sendo utilizada no Brasil, mais propicia lucratividade a seus operadores do que recuperação a quem realmente está em crise. E quem paga tudo isso são os credores concursais, que se veem obrigados a “socializar” as perdas de um empresário individual sabe-se lá por qual motivo. E essa conta é simples de se fazer: basta vermos que um escritório, com estrutura jurídica e contábil para operacionalizar uma recuperação judicial, cobrará de 10% a 20% sobre o valor dos créditos. O administrador judicial terá um custo de até 5% sobre o valor desses créditos; custas judiciais e perícias de 3% a 4%. E não estão aqui inclusas as eventuais condenações que a recuperada tiver que pagar a título de honorários nas impugnações de crédito. Ou seja, sobre este “custo fixo” de uma recuperação judicial, bem poderia ser dado a título de des-

conto por um credor em uma negociação. Só que não; na prática, o credor tem seu crédito depreciado neste custo fixo mais um percentual que a recuperanda precisa para se recuperar (efetivamente) da crise. É um custo muito alto para os credores.

É por isso que existe o interesse inicial (quando da apresentação de uma recuperação judicial) do valor dos créditos concursais ser o maior possível – e daí a indevida inclusão, como concursal, de créditos extraconcursais.

Mas como demonstrado anteriormente, tal proceder é ilegal... e até mesmo um ilícito expressamente previsto na legislação de recuperação judicial (mas jamais tal questão, pelo que se saiba, chegou ao STJ).

Portanto, cabe aos advogados da Caixa Econômica Federal defender, além da empresa, também o Sistema Financeiro Nacional, a Constituição Federal, a Lei 11.101/2005, a Lei 9.514/97 e o Código Civil.

Conclusões

A defesa de todo aqui exposto passa não somente pela defesa da intenção do legislador pátrio contida na Lei de Recuperação Judicial e Falências, mas também do instituto da alienação ou cessão fiduciária, afinal, alienar ou ceder fiduciariamente algo significa “transferir algo com confiança”, ou seja, o devedor usufrui do bem e tem sua posse, mas o bem não é, juridicamente, de sua propriedade. É o que rezam os artigos 22 da Lei 9.514/97 (“Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”) e 1.361 do Código Civil (“Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”).

Logo, sob o exclusivo enfoque da propriedade fiduciária, a recuperação judicial, em absoluto, não altera o *status* jurídico da coisa. A Lei de Recuperação Judicial e Falências não desqualifica a garantia fiduciária por qualquer motivo e nem extingue seus efeitos a partir de sua protocolização.

Só que não é isso que o Tribunal de Justiça de São Paulo está julgando (e, com todo respeito, extrapolando suas competências constitucionais e legais, criando verdadeiras novas regras no trato dos créditos extraconcursais com garantias fiduciárias).

Mas o pior é que tais malefícios ultrapassam, sempre, os limites individuais da lide em que é discutido – pois tais julgados são utilizados como precedentes para outros casos, como, por exemplo, em recuperações extrajudiciais, e até mesmo pelos administradores judiciais em seus diários labores administrativos, quando do tratamento dos créditos nas habilitações e divergências administrativas.

É por isso que instamos a todos a defender ferrenhamente o instituto das garantias fiduciárias e, especialmente, a letra do § 3º do artigo 49 da Lei 11.101/2005, e, para tanto, utilizar como argumento “balístico” o artigo 5º, incisos XXII (é garantido o direito de propriedade), XXIII (a propriedade atenderá à sua função social), XXXVI (a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada), LIII (ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente) e LIV da Constituição Federal (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal). Por exemplo, a matrícula imobiliária (com o registro da garantia) é mais que o suficiente para demonstrar a existência e caracterizar o ato jurídico perfeito.

Quanto à competência, o próprio STJ já emitiu a Súmula 480 que diz que *“o juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa”*. Ora, bens fiduciários jamais poderão integrar o Plano de Recuperação, logo, o Judiciário não tem competência sobre eles e sobre os seus contratos (afinal, a recuperação judicial não pode ser utilizada como uma espécie de ação revisional de tais contratos, isso está além dos limites da Lei 11.101/2005).

E outra: a desapropriação dos bens (no caso, a garantia fiduciária) precisa de devido processo legal. Ou seja, de específico processo – o que não existe em uma recuperação judicial (donde, por vezes, é um parecer contábil de um assistente financeiro nominado perito do Administrador Judicial quem define que a propriedade fiduciária deve ser imediatamente devolvida para a recuperanda).

Daí, novamente, insistirmos em dizer que a situação presente é de uma verdadeira peleja jurídica, pois o que está em pauta não é a lucratividade bancária (o tal lobo mal da história), mas sim o Sistema Financeiro Nacional.

Tal engodo jurídico, em que as instituições financeiras estão sendo colocadas nas recuperações judiciais, levará, em curto prazo, ao aumento do custo financeiro dos empréstimos e financiamentos para todas, absolutamente todas as empresas do

Brasil. Sim, pois o risco de inadimplência aumenta substancialmente diante da (i) descaracterização do crédito extraconcursal para concursal (os deságios, *hair cuts*, não são hoje inferiores a 60%) e (ii) desapropriação das garantias fiduciárias (especialmente recebíveis).

Aqui, muitos leitores podem estar refletindo: mas será que é bom para a Caixa que um crédito, com garantia fraca ou esvaziata, realmente seja guerreado para ficar fora da recuperação judicial (pois é melhor receber pouco dentro da RJ do que nada fora)? A resposta já foi dada – aqui é uma questão de defender a legalidade (*dura lex sed lex*), e, dentro disso, também defender a possibilidade de o credor (Caixa) optar em aderir ao Plano de Recuperação Judicial – mas, como dito, seguindo a vontade da Caixa (credor) e não a imposição do Judiciário e/ou Recuperanda e/ou Administrador Judicial.

E como sugestão, para eventualmente ser encaminhado para os gestores (principalmente de produto), está a adequação das minutas dos contratos das operações. Realmente, é preciso fazer constar o numeral do percentual da garantia fiduciária de forma tão destacada nos contratos / TCC (Termo de Constituição de Garantia)? Não bastaria somente discriminar a garantia e seu valor de avaliação? Afinal, estamos diante de uma garantia real a prescindir de alienação/leilão/praceamento.

Outra possibilidade seria o estabelecimento de Negócio Jurídico Processual. O artigo 190 do Código de Processo Civil brasileiro permite, versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, ser lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Por que não estabelecer uma cláusula, como Negócio Jurídico Processual, indicando a classificação que tal crédito/contrato terá em uma eventual/futura Recuperação Judicial? É absolutamente possível fazer isso.

Atualmente, a Coordenadoria de Recuperações Relevantes do Jurídico da Caixa, pelo menos do Jurídico Regional São Paulo (do qual este advogado faz parte), se defronta constantemente com esta questão da classificação do contrato/crédito. É possível se supor que, se (i) não houvesse a menção do percentual e (ii) houve cláusula de negócio jurídico processual prefixando a classificação do crédito em futura RJ, talvez tal questão seria mitigada, dando mais segurança jurídica para a Caixa e para a operação/contrato como um todo.

E tal como naqueles chamamentos para alistamento (a exemplo da Revolução Constitucionalista de 1932, a qual dizia “Vocês têm um dever a cumprir”), é o presente artigo para instigar os colegas da Caixa a refletir, e quem sabe a atuar, pela defesa jurídica dos aspectos legais e constitucionais aqui exibidos, com o objetivo de levar mais segurança jurídica às operações contratadas e à própria recuperação judicial.

Pois, ao fim e ao cabo, exigir a efetiva aplicação da lei ao caso concreto é um dever de todos nós, operadores do Direito.

Referências

CASTRO OLIVEIRA, BRUNO e IMHOF, CRISTIANO. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Interpretada e anotada artigo por artigo**. Balneário Camboriú/SC: Booklaw Editora, 4ª Edição, 2017.

AUTORES DIVERSOS. **Revista do Advogado da AASP nº 150: Recuperação de empresas e falência - alterações da Lei nº 14.112/2020**. São Paulo/SP: AASP Editora, Junho de 2021;

STJ, 3ª TURMA - Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Recurso Especial nº 1.979.903/SP, prolatado em 13/11/2023;

STJ, 3ª TURMA - Relator Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Recurso Especial nº 1.875.403/SP, prolatado em 15/12/2020;

STJ, 3ª TURMA - Relatora Ministra Nancy Andrichi, Recurso Especial nº 1.938.706/SP, prolatado em 14/09/2021;

STJ, 3ª TURMA - Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Recurso Especial nº 1.549.529/SP, prolatado em 18/10/2016;

STJ, 2ª SEÇÃO - Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Recurso Especial nº 1.629.470/MS, prolatado em 30/11/2021;

STJ, 3ª TURMA - Relatores Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Aurélio Bellizze, Recurso Especial nº 1.412.529/SP, prolatado em 17/12/2015;

STJ, 3ª TURMA - Relatora Ministra Nancy Andrichi, Recurso Especial nº 1.829.641/SC, prolatado em 03/09/2019;

STJ, 4ª TURMA - Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Recurso Especial nº 1.207.117/MG, prolatado em 10/11/2015;

STJ, 2ª SEÇÃO, Súmula 480, julgado em 27/06/2012, DJe 01/08/2012;