

EXMO. SR.(A) DR.(A) JUIZ DE DIRETO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE PARACAMBI DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJRJ

Processo nº 0002220-14.2021.8.19.0039

OURENSE DO BRASIL INDÚSTRIA E ARTEFATOS e outras – Em Recuperação Judicial, já qualificadas nos autos da Impugnação de Crédito, processo em epígrafe, requerida pelo credor **BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL S/A**, vêm respeitosamente perante V.Ex^a., por seus advogados, mandato anexo (**Docs. 01 e 02**), que subscrevem a presente, em cumprimento ao despacho de fls. 150, pelas razões de fato e de direito, expor e requerer conforme segue.

I

TEMPESTIVIDADE

1. Inicialmente, esclarecem as Recuperandas que foram tacitamente intimadas em 09/05/2022 (terça-feira), conforme certidão de fls.156, iniciando-se em 10/05/2022 (quarta-feira) com termo final em 14/05/2022 (sábado), sendo primeiro dia útil seguinte 16/05/2022 (segunda-feira).

2. Portanto, inquestionável a tempestividade da presente manifestação nesta data.

II

**DO CRÉDITO DETIDO PELO BANCO
SÍNTESE FÁTICA**

3. As Recuperandas apuraram saldo contábil devido ao credor Banco Industrial, na data da distribuição do seu pedido de recuperação judicial, montante de R\$

1.520.455,18 (um milhão, quinhentos e vinte mil, quatrocentos e cinquenta e cinco reais e dezoito centavos), conforme regularmente lançado na relação de credores inicial, classe quirografários, (art. 7º, § 1º, da LRF), decorrente do saldo devedor do contrato nº 09304417 e seus aditivos.

4. Não obstante divergência apresentada à relação de credores inicial objetivando a exclusão total do seu crédito dos efeitos da recuperação judicial, o i. Administrador Judicial manteve a relação e classificação do referido crédito do Autor na medida em que o *“Banco Industrial não demonstrou a existência e individualização das garantias”*, fls. 3.921/3.934 dos autos principais.

5. O Autor não impugna o montante do crédito relacionado, mas tão somente a sua classificação concursal, pugnano pela sua integral exclusão por entender que o referido contrato está garantido por cessão fiduciária de duplicatas, direitos de crédito, recursos financeiros e títulos, anexando os referidos contratos para tanto.

6. Ocorre que o pedido de exclusão desses créditos da presente recuperação não merece prosperar, conforme razões adiante.

III DA MANUTENÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO DO CRÉDITO

7. O crédito do Autor foi relacionado como quirografário pelas Recuperandas e em decisão de deferimento do processamento da recuperação, com concessão de liminar, vigente até a presente data, foi liberada a trava bancária dos contratos com instituições financeira, bem como declarou a não aplicação das cláusulas de vencimento antecipado dos contratos, de modo a preservar a manutenção da atividade empresarial.

8. Em sendo assim, irresignado com a decisão que, consequentemente submeteu seu crédito aos efeitos da recuperação judicial, o Autor recorreu à instância superior, porém seu recurso foi negado provimento¹, cujo acórdão foi alvo de recurso especial, inadmitido e agravado em recurso especial², pendente julgamento. Salienta-se que não há conhecimento de concessão excepcional de efeito suspensivo recursal.

¹ 0080031-07.2020.8.19.0000 - Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso, nos termos do voto do Des. Relator

² AREsp 2022279/RJ (2021/0356045-6)

9. Ocorre que, além do Autor objetivar a declaração da extraconcursabilidade do crédito, há de se considerar que também se almeja o reconhecimento da trava bancária, já liberada e sem decisão em contrário por este MM. Juízo.

10. Ora, neste caso, reconhecer a extraconcursabilidade do crédito do Autor é decidir em total dissonância com o princípio da preservação da empresa, significa divergir para o sucesso do plano de recuperação judicial e consequente soerguimento das Recuperandas.

11. Em verdade, estamos diante da ponderação entre diversos interesses, no caso do direito do Credor x Preservação da Empresa, sendo que neste aspecto o C. Superior Tribunal de Justiça já estabeleceu a possibilidade de prioridade no tratamento do princípio da preservação da empresa em detrimento de outras classes de credores, conforme explica o Recurso Especial 1.598.130/RJ de relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva que adiante é transcrito:

RECURSO ESPECIAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ATOS DE CONSTRIÇÃO. FORNECEDOR EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA.

JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. PRINCÍPIOS NÃO ABSOLUTOS. PONDERAÇÃO. MANUTENÇÃO DA EMPRESA. TUTELA DE INTERESSES MÚLTIPLOS. PREVALÊNCIA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICO-TELEOLÓGICA DA LEI Nº 11.101/2005.

1. A controvérsia dos autos consiste em definir a competência para realizar atos de constrição destinados ao cumprimento de sentença proferida por magistrado do juizado especial cível, em favor de consumidor, quando o fornecedor já obteve o deferimento da recuperação na vara empresarial.

2. O compromisso do Estado de promover o equilíbrio das relações consumeristas não é uma garantia absoluta, estando a sua realização sujeita à ponderação, na hipótese, quanto aos múltiplos interesses protegidos pelo princípio da preservação da empresa.

3. A Segunda Seção já realizou a interpretação sistemático-teleológica da Lei nº 11.101/2005, admitindo a prevalência do princípio da preservação da empresa em detrimento de interesses exclusivos de determinadas classes de credores, tendo atestado que,

após o deferimento da recuperação judicial, prevalece a competência do Juízo desta para decidir sobre todas as medidas de constrição e de venda de bens integrantes do patrimônio da recuperanda. Precedentes.

4. Viola o juízo atrativo da recuperação a ordem de penhora on line decretada pelo julgador titular do juizado especial, pois a inserção da proteção do consumidor como direito fundamental não é capaz de blindá-lo dos efeitos do processo de reestruturação financeira do fornecedor. Precedente.

5. Recurso especial provido para reconhecer a competência do juízo da 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro.

(REsp 1598130/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/03/2017, Dje 14/03/2017).

12. E mais, decisões semelhantes são encontradas em diversos acórdãos como no do AgInt nos EDcl no CC 144728/DF que esclarece que *“de acordo com a jurisprudência deste STJ, a competência para o pagamento dos débitos de sociedade empresária no transcurso de processo de recuperação é do juízo em que se processa tal pedido e que as normas a disciplinarem a atratividade exercida pelo juízo concursal deverão ser sistemáticas e teleologicamente interpretadas, **evitando-se um esvaziamento dos propósitos do instituto e sobrelevando-se os princípios informadores da recuperação, bem explicitados no art. 47 da Lei 11.101/05**”*.

13. Ademais, os eventuais recursos existentes e/ou de garantias a performar são imprescindíveis às Recuperandas para a manutenção da atividade operacional, como já foi objeto de parecer técnico pelo i. Administrador Judicial e Laudo Econômico de viabilidade³, bem como para fazer frente ao futuro pagamento dos credores nos moldes do plano de recuperação.

14. Ainda, como declarar a extraconcursalidade do referido contrato, cuja garantia se pauta em créditos que sequer existem?

³ O Laudo preliminar apresentado pelas recuperandas (pasta 627 dos autos principais) indica que, ainda que deferida a recuperação judicial, a implementação integral da trava bancária inviabilizaria a continuidade das unidades produtoras. O mesmo estudo projeta também cenário de substancial possibilidade de sobrevivência das empresas com o afastamento da trava bancária dos recebíveis futuros de vendas já realizadas e liberação total dos ainda não existentes, chegando à conclusão da necessidade da manutenção da decisão da agravada como medida essencial à continuação da atividade produtiva. No mesmo sentido, o Parecer Técnico apresentado pelo Administrador Judicial (pasta 2012 dos autos principais, reitera a necessidade do uso dos recursos depositados nas contas vinculadas para capital de giro como forma de dar continuidade ao funcionamento das empresas.

15. Em sendo assim, o crédito do Autor deve ser mantido na classe quirografária em que se encontra relacionado na lista de Credores em homenagem ao princípio da preservação da empresa.

III-A - DA CESSÃO FIDUCIÁRIA

CRÉDITO CONCURSAL NÃO INSERIDO NA EXCEÇÃO DO ART. 49 § 3º DA LRF

16. O Autor aduz que as dívidas oriundas dos contratos celebrados perfazem créditos que não estão submetidos aos efeitos da recuperação, na medida que as operações de cessão fiduciária, proprietário fiduciário e arrendador mercantil estão excluídos do § 3º, do art. 49, da LRF.

17. Não obstante ao que faz crer o Autor, a cessão fiduciária se submete e está incluída na recuperação judicial não se submetendo à ressalva do art. 49, § 3º da LRF. Os motivos em resumo são os abaixo listados e que a seguir serão detalhados e fundamentados pela doutrina contemporânea da insolvência que tem como expoentes o Desembargador Manoel Justino Bezerra Filho e professor Sérgio Campinho, assim como jurisprudência selecionada.

18. Em síntese, são essas as razões:

- i. Quando da elaboração da LRF o instituto da cessão Fiduciária ainda não existia no ordenamento jurídico brasileiro, não tendo sido possível ao legislador contemplar as peculiaridades desse novo instituto, ainda não assimilado pelo legislativo, judiciário e operadores do direito, quando de sua entrada em vigor, sendo impossível a avaliação de seus efeitos, diferentemente do que ocorreu em relação à alienação fiduciária já existente desde 1965;
- ii. A lei que instituiu a cessão fiduciária, qual seja, a lei 10.931/2004 que alterou a lei 4.728/1965(art. 66-B) estabelece diferenças entre “alienação fiduciária” e “cessão fiduciária” por diversas oportunidades, razão pela qual, diferente do que sido apresentado, são instrumentos jurídicos diferentes e assim sendo, a exceção prevista no art. 49, § 3º da LRF contemplou apenas o instituto da alienação fiduciária,

pois se assim fosse, tal como ocorre na lei 4.728/1965, haveria menção a ambos os termos;

- iii. A disposição de “proprietário fiduciário” descrita no art. 49, § 3º da LRF determina a posição de um direito real de garantia, enquanto que a de cessionário, remete à figura de um direito pessoal, não estando, portanto, previsto na exceção ali contida;
- iv. Na cessão fiduciária de direitos não há o desdobramento de posse sobre os bens objeto da garantia, mas sim a atribuição da posse direta e indireta ao credor fiduciário, razão pela qual não pode ser considerada equivalente à alienação fiduciária;
- v. Por se tratar de norma de exceção à regra geral de preservação da empresa prevista no arcabouço da LRF, de acordo com as regras de hermenêutica jurídica e de interpretação do Direito, o art. 49, § 3º da LRF deve ser interpretada de forma restritiva e não ampliativa e abrangente, abarcando previsão não expressa, não sendo cabível admitir que a alienação fiduciária e cessão fiduciária sejam entendidas como o mesmo instituto;
- vi. É ilógico concluir que se o legislador, em se tratando de bens essenciais, sequer permitiu a retirada dos bens de capital objeto de alienação fiduciária, permitiria a retirada de dinheiro, naturalmente mais relevante para o soerguimento da empresa em crise econômico-financeira;
- vii. Na interpretação da lei, deve-se levar em consideração todo o ordenamento jurídico e não apenas um artigo em específico, devendo-se levar em conta a ratio legis, ou seja, a razão de ser da lei, que no caso, é a proteção da empresa – atividade econômica organizada – não sendo razoável, portanto, privilegiar, em tal interpretação, que um credor tenha tal nível de privilégio em detrimento da empresa que busca se preservar.

- DA INTRODUÇÃO DA CESSÃO FIDUCIÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO -

19. A cessão fiduciária foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela lei 10.931/2004, entrando em vigor em 02 de agosto de 2004 e alterando a lei 4.728/1965 para incluir o art. 66-B, abaixo copiado:

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

§ 1º Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

§ 2º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, I, do Código Penal.

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

§ 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

§ 5º Aplicam-se à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei os arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.435 e 1.436 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

§ 6º Não se aplica à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei o disposto no art. 644 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

20. Tendo sido incorporada ao arcabouço legal nacional em agosto de 2004, a cessão fiduciária não foi levada em conta quando da elaboração do projeto de lei que instituiu a Lei 11.101/2005, a LRF, tendo em vista que o substitutivo votado é datado de 12/07/2004, ou seja, antes de a lei 10.931/2004 entrar em vigor, como se constata pelo andamento legislativo da Câmara dos Deputados⁴.

21. A LRF foi publicada em 09 de fevereiro de 2005 com *vacatio legis* de 120 (cento e vinte) dias. Desta forma, não foi possível a inserção do instituto da cessão fiduciária em seu texto, tratando a LRF apenas da alienação fiduciária, pois era o único instituto existente e conhecido do legislador até aquele momento⁵.

22. Estudo apresentado por Manoel Justino Bezerra Filho, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, em tradicional obra atualizada em 2021, defende com razão que **a cessão fiduciária não existe para fins da lei 11.101/2005**, uma vez que não foi pensada para de coadunar à estrutura da LRF, e, portanto, nenhum credor poderia gozar do benefício da cessão fiduciária em caso de recuperação judicial com sua exclusão do concurso de credores⁶.

23. Na análise do autor, há uma razão de ordem histórica para fundamentar a conclusão de que a cessão fiduciária não deve ser considerada como um equivalente da alienação fiduciária para fins de exclusão concursal feita pelo art. 49, § 3º

⁴ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20846>

⁵ Bezerra Filho, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência : Lei 11.101/2005 : comentada artigo por artigo / Manoel Justino Bezerra Filho; Eronides A. Rodrigues dos Santos, coautoria especial. --15. ed. rev., atual.e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

⁶ Idem ao 6

da LRF. Como a introdução da cessão fiduciária no ordenamento se deu paralelamente à promulgação da LRF, conforme cronologia acima, é forçoso concluir que sendo a lei 10.931/2004 de natureza complexa, há uma natural demora para que seja absorvida pelos operadores do direito. Soma-se a isso o fato de que a citada lei burlou o disposto no art. 7º, inciso I da Lei Complementar 95/1998 que determina que cada lei tratará de um único objeto, o que claramente não é o caso, tendo em vista que essa lei trata de inúmeros assuntos, incluindo patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, letra de crédito imobiliário, entre outros tópicos, o que popularmente se denomina de “jabuti”, um assunto introduzido na esteira da votação de uma lei que trata de tema não relacionado.

24. Tal situação por óbvio dificulta a compreensão das inovações trazidas por uma nova legislação, sendo certo ainda que as modificações trazidas à Lei 4.728/65 pela Lei 10.931/2004 não foram avaliadas pelo legislador e não eram discutidas e tratadas pela comunidade jurídica quando da elaboração e votação da LRF.

**- PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO QUE NÃO SE CONFUNDE COM CESSIONÁRIO FIDUCIÁRIO
DIREITO REAL DE GARANTIA X DIREITO PESSOAL DE GARANTIA -**

25. Nesse cenário, tem-se que o art. 49, § 3º da LRF não poderia prever a cessão fiduciária, apenas a alienação fiduciária, já conhecida desde 1965. Abaixo para recordação o citado artigo para melhor análise.

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.

26. Inicialmente nota-se que o artigo trata de “*posição de proprietário de bens móveis ou imóveis*” o que já exclui direitos, como o que ocorre na cessão fiduciária, que transaciona com direitos de crédito derivados normalmente de emissão de títulos de crédito, em especial, duplicatas.

27. A proibição contida na parte final do § 3º somente tem sentido, se aplicada à alienação fiduciária e não à cessão, pois na cessão não há possibilidade de venda ou retirada de bens, apenas posse direta do crédito recebido.

28. Avaliando por esse prisma, a decisão exarada pelo C. STJ no Recurso Especial de nº 1.758.746/GO, que limita o disposto no artigo 49, § 3º apenas a bens corpóreos teria até certo sentido, pois a Lei realmente só trata de alienação fiduciária e não cessão fiduciária, deixando explícito que o legislador, quando da elaboração da lei, não pretendeu aplicá-la à cessão, mas sim somente à alienação fiduciária.

29. A dicção do artigo 49, § 3º da LRF refere-se à proprietário fiduciário, não encampando, portanto, a figura do cessionário, que é titular de um direito pessoal e não de um direito real do proprietário.

30. Mesmo diante de uma análise literal da lei, é fácil constatar que alienação fiduciária e cessão fiduciária não são a mesma coisa. Como a própria lei 4.728/65 estabelece no art. 66-B há TRÊS oportunidades distintas em que é feita diferenciação entre alienação e cessão, como destacado abaixo:

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

§ 1º Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao

proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

§ 2º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, I, do Código Penal.

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

§ 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

§ 5º Aplicam-se à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei os arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.435 e 1.436 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

§ 6º Não se aplica à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei o disposto no art. 644 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002

31. Ora, se o próprio legislador não quisesse distinguir e não houvesse diferença, motivo não haveria para a repetição e separação de ambos os termos por diversas vezes no mesmo artigo.

32. Esclarece Manoel Justino Bezerra Filho: “ao intérprete não é

permitido diferenciar se a lei não diferenciou e, “contrário sensu” é proibido não diferenciar se a lei diferenciou. E ao repetir por três vezes ambos os termos, é porque estava se referindo a dois institutos diferentes”.

33. A mesma lei que instituiu a cessão fiduciária também incorporou ao Código Civil o artigo 1.368-A que ratificou que se tratam, de fato, de duas entidades separadas.

Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária OU de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial.

34. Convém ressaltar que o art. 1.361, § 2º do Código Civil legitima esse entendimento:

Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

§ 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

§ 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa

35. Adicionalmente, diferentemente do que ocorre na alienação fiduciária, na cessão fiduciária de direitos não há o desdobramento da posse sobre os bens objeto da garantia, mas sim a atribuição da posse direta e indireta ao credor fiduciário, razão pela qual a cessão fiduciária não se amolda à regra de exceção do art. 49, § 3º da LRF.

**- EXCEÇÃO QUE DEVE SER INTERPRETADA RESTRITIVAMENTE
REGRA DE HERMENÊUTICA JURÍDICA E *RATIO LEGIS* QUE SE ORIENTA PARA O PRINCÍPIO DA
PRESERVAÇÃO DA EMPRESA -**

36. Em se tratando de norma restritiva de direito, esta só poderia ser interpretada estritamente e não extensivamente como tem sido feito por alguns tribunais.

37. Repita-se. **Sendo uma exceção à regra geral, a mesma só poderia ser aplicada de maneira restrita e de não de forma ampla e abrangente.**

38. Seguro que é racional concluir que se o legislador não permitiu a retirada de bens do estabelecimento das recuperandas, muito mais gravoso seria a retirada de dinheiro dessas empresas, item que, sem dúvida, é, de longe, muito mais fundamental ao seu soerguimento e recuperação⁷. A cessão fiduciária acabou por tornar-se uma super garantia que ultrapassa os privilégios concedidos à alienação fiduciária, o que é ilógico.

39. Ademais, trata-se de uma **inversão de paradigmas a possibilidade de que a Lei de Recuperação Judicial privilegie o credor independente e em detrimento da preservação da empresa**, objetivo maior da lei ⁸.

40. Esse também é o entendimento do renomado professor Sérgio Campinho. Em sua obra, atualmente na 11ª edição (2020), ele esclarece sua posição acerca de que a cessão fiduciária **se submete** à recuperação judicial por não estar prevista na exceção do art. 49, § 3º da LRF, assim como de que tal garantia constitui um direito pessoal e não real, como está disposto na lei e sendo tal previsão uma exceção deve ela ser interpretada de forma restrita, como trecho abaixo destacado:

⁷ Campinho, Sérgio. Falência e Recuperação de empresa. 8ª ed apud Bezerra Filho, Manoel Justino . Ob. Cit.

⁸ Santos, Assione. Florentin, Luis Miguel Roa. Recuperação judicial e créditos garantidos por cessão fiduciária: uma interpretação sob a luz do art. 47 da Lei 11.101/2005 e da jurisprudência do STJ. Revista dos Tribunais. Vol. 1019/2020. P. 2019-236. Set/2020.

“... a cessão de direitos creditórios se submete aos efeitos da recuperação por não estar prevista dentre as exceções capituladas no § 3º do art. 49, seguindo, por isso, o mesmo curso dos créditos em geral, nos termos do caput do indigitado preceito.

Isto porque o § 3º aponta como exceção o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis. Apesar de os títulos de crédito, em gênero, poderem ser enquadrados na categoria dos bens móveis, o certo é que o legislador, que não se vale de palavras vãs, contemplou aposição de proprietário, que traduz portanto, a existência de um direito real sobre a coisa. Ora, na cessão fiduciária de direitos creditórios, a posição do credor é a de titular de um direito pessoal e não real. Assim como a regra do § 3º é de exceção, deve ser interpretada de forma restrita”

41. É indene de dúvidas que a legislação concursal brasileira se orienta pelo princípio da preservação da empresa insculpido no artigo 47 da LRF, **sendo equivocado interpretar normas em desacordo com esse direcionamento, subvertendo as regras contidas no bojo da LRF, aplicando-a em total dissonância com os seus objetivos elementares.**

42. **A proteção dos credores deve ter assim, como limite, a preservação da empresa - assim entendida como atividade econômica organizada - pois caso contrário, não há qualquer efetividade da LRF.**

43. A Interpretação do Direito deve levar em consideração todo o ordenamento jurídico e não apenas uma lei, e muito menos um artigo em específico, pois toda a norma se integra numa ordem da qual a regra é apenas um modo de expressão, sendo indispensável estabelecer, através do elemento sistemático, as necessárias relações entre as várias disposições, que se desdobram em relações de subordinação (relacionamento do preceito isolado com os princípios gerais do sistema jurídico); de conexão (o preceito deve ser interpretado em função do contexto, jamais isoladamente, pois cada trecho é desenvolvimento de um plano lógico, cada artigo só é compreensível

se o situarmos perante os que o antecedem ou o sucedem); e de analogia (devem-se buscar as semelhanças entre os preceitos)⁹.

44. Da conjugação desses elementos, tem-se então a *ratio legis* que aponta o sentido a ser seguido pela lei e o seu alcance, observando-se que se do resultado da interpretação levar à conclusão de que o dispositivo de lei tem um sentido nocivo, contrário aos interesses que se pretendem superiores, faz-se, então, uma interpretação corretiva, tendo em conta que a lei é um corpo harmônico e sistemático das normas¹⁰.

45. Miguel Reale explica que o intérprete deve buscar a finalidade da lei em seu todo, correlacionando “o todo da lei e as partes”, o que exige se empreenda, de início, uma análise de cada preceito isoladamente para, depois, reuni-lo com os demais, para, ao final, atingir o “sentido global da lei”¹¹.

46. Uma interpretação moderna da lei é estrutural, pois, ao se ler cada palavra, vai-se, automaticamente captando o seu sentido e alcance e, ao mesmo tempo, inserindo e fixando o seu sentido e alcance dentro do sistema da lei e do ordenamento jurídico, sendo a interpretação a um só tempo, gramatical (significado das palavras), lógica (o sentido e o alcance da norma), sistemática (o sentido e o alcance da norma no contexto do direito positivo), finalista (definição do escopo da lei) e axiológica ou valorativa (o valor por ela almejado)¹².

47. *In casu*, é exatamente o que ocorre com a interpretação que tem sido dada para excluir o crédito proveniente de cessão fiduciária dos efeitos necessários da recuperação judicial. Muitos tribunais têm ampliado a interpretação dada ao disposto na parte final do art. 49, § 3º, quando na verdade, por ser exceção à regra da LRF, que é a submissão de todos os créditos existentes na data do pedido, deveriam analisá-la de forma estrita, tendo em vista que tal preceito é contrário ao objetivo da lei, que estabelece tratamento conjunto dos credores e suspensão de suas ações e execuções, para reorganização financeira da sociedade, o que não ocorre no caso dos créditos oriundos de cessão fiduciária.

⁹ Lobo, Jorge. Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 72, abr/jun.2019.

¹⁰ Idem.

¹¹ Reale, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983 apud Lobo, Jorge. Ob.cit.

¹² Idem

48. Insubordinando a cessão fiduciária à LRF, tem-se que o resultado esperado da recuperação judicial não é o mesmo. O fôlego proveniente do *stay period* não se realiza e o patrimônio da recuperanda fica exposto à apropriação desse cessionário fiduciário, prejudicando a realização de estimativas de fluxo de caixa que servirão de esteio à elaboração do plano de recuperação, assim como para o seu efetivo cumprimento.

49. **Não é sensato defender que um instituto que não foi previsto na legislação de regência, que vai contra aos objetivos dessa lei, seja considerado válido e apto a desafiar todo o regramento que reveste os fundamentos da recuperação judicial de empresas.**

50. O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já reconheceu em acórdão oriundo da 19ª Câmara Cível, de relatoria do Des. Sérgio Nogueira de Azeredo, que a interpretação do art. 49, § 3º da LRF, por se tratar de regra excepcional, deve ser restritiva, vedando qualquer forma de presunção, analogia ou ampliação de seu conteúdo, assim como deve privilegiar o objetivo prioritário da LRF, qual seja o da preservação da empresa. Abaixo acórdão para melhor ilustração:

0038015-14.2015.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Des(a). SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO - Julgamento: 05/04/2016 - DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL

Agravo de Instrumento. Recuperação Judicial. Antecipação dos efeitos da tutela deferida para a parcial liberação de "trava bancária", decorrente de mútuo avençado com cessão fiduciária de direitos creditórios. Irresignação. Possibilidade de solução monocrática. Verbete nº 59 da Súmula da Jurisprudência Predominante deste Egrégio Tribunal de Justiça. Decisum que apresenta a necessária fundamentação, amparada em interpretação da legislação pertinente conferida pelos Tribunais pátrios e nas provas dos autos, e que não se revela extravagante diante dos contornos da matéria apreciada. Procedimento recuperatório respaldado nos Princípios da Preservação da Empresa e da sua Função Social. Finalidade precípua que consiste em viabilizar o soerguimento e reestruturação da Demandante, com o intuito de preservar o interesse daqueles atingidos por sua debilidade financeira - trabalhadores,

credores e sociedade -, por meio de concessão de lapso temporal para a elaboração de plano de saneamento, bem como de medidas legais inibitórias da redução do seu patrimônio por atos de constrição no período. Controvérsia acerca da natureza dos créditos que não afasta a vedação legal ao esvaziamento da empresa recuperanda quanto aos bens necessários à manutenção de sua atividade econômica. Inteligência da norma limitadora de direitos prevista no art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/05. Regra de exceção, cuja boa hermenêutica impõe interpretação restritiva, vedada qualquer forma de presunção, analogia ou ampliação. Imprescindibilidade do destravamento dos valores retidos ao cumprimento do programa recuperatório. Imperativa ponderação dos interesses conflitantes que conduz à necessária prevalência, por ora, do objetivo prioritário da legislação regente sobre a pretensão da Agravante quanto à imediata satisfação de seu crédito. Precedentes desta Colenda Corte. Manutenção da decisão agravada que se impõe. Desprovisionamento do recurso, com fulcro no art. 932, IV, "a", do CPC.

51. Recentemente, em sede de Agravo Interno, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no emblemático caso da Livraria Cultura, também entendeu da mesma forma, utilizando-se tal acórdão dos mesmos argumentos expendidos nestas contrarrazões, senão vejamos:

Agravo Interno. Inconformismo contra a decisão liminar que manteve a decisão de primeiro grau. Recuperação judicial. Decisão recorrida que reconheceu a essencialidade de recebíveis cedidos fiduciariamente para o fim de determinar a abstenção de bloqueio por 'travas bancárias' do montante tido como imprescindível para o desenvolvimento das atividades da recuperanda. Inconformismo. Competência do Juízo da recuperação para constatação da essencialidade do bem. Precedente do C. Superior Tribunal de Justiça. Mérito. Agravante que sustenta que dinheiro não se enquadra na exceção prevista no final do §3º, do art. 49, da LRJ, tampouco é possível a aplicação analógica do art. 49, §5º, LRJ, por tratar especificamente de penhor. Irrelevância. Cessão fiduciária que não tem previsão literal expressa no artigo 49, §3º, LRJ. Criação do instituto meses antes da vigência da Lei n. 11.101/05. Caso o crédito seja considerado concursal, há impossibilidade de excussão dos direitos creditórios de

recebíveis cedidos. Se considerado extraconcursal, a cessão fiduciária, ao receber o bônus do art. 49, §3º, LRJ, também deve se sujeitar aos ônus impostos pela lei. Essencialidade comprovada por demonstração do administrador judicial. Decisão mantida. Recurso improvido. (TJSP; Agravo Interno Cível 2236949-78.2018.8.26.0000; Relator (a): Hamid Bdine; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 17/12/2018; Data de Registro: 19/12/2018)

52. Em virtude dessas considerações, conclui-se que a cessão fiduciária de direitos creditórios não está albergada pelo disposto na LRF e, consequentemente **O CESSIONÁRIO FIDUCIÁRIO DEVE SER CLASSIFICADO CREDOR QUIROGRAFÁRIO.**

III-B – DO CRÉDITO DO AUTOR DA LIMITAÇÃO DO CRÉDITO EXTRACONCURSAL AO VALOR DA GARANTIA

53. O contrato mantido com o Autor se encontra juntado às fls. 55/118 e, considerando o último aditivo juntado pelo próprio Autor, verifica-se que o Autor possui garantia de 60% (sessenta por cento) do valor contratual/saldo contratual.

1. ADITAMENTO
1.1. As partes resolvem alterar os itens e/ou subitens do preâmbulo da CÉDULA, que vigorará(ão) com a(s) nova(s) disposição(ões) prevista(s) abaixo:
5.1. VALOR: R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).
5.2. PRAZO: 1065 (um mil e sessenta e cinco) dias."
5.3. VENCIMENTO e LUGAR DE PAGAMENTO: 15 de setembro de 2020 / Sede social do CREDOR."
5.4.2. ☒ Taxa Pós-Fixada: 100% (cem por cento) da TAXA SELIC (cf. cláus. 4.1.1 abaixo), acrescida da taxa de 0,7000% (zero vírgula sete mil por cento) ao mês, equivalente à taxa de 8,7311% (oito vírgula sete mil trezentos e onze por cento) ao ano.
6. GARANTIA(S): - Cessão Fiduciária de duplicatas do EMITENTE, conforme o Instrumento Particular de Cessão Fiduciária de Duplicatas, Direitos de Crédito(s), Recursos Financeiros e Títulos nº. 09-3044/17-A, apartado; e - Alienação fiduciária de bens de exclusiva propriedade do EMITENTE, conforme o Instrumento Particular de Contrato de Alienação Fiduciária nº 09-3044/17 apartado."

5. OBJETO:
5.1. DUPLICATAS, DIREITOS DE CRÉDITO(S), RECURSOS FINANCEIROS E TÍTULO(S):

A) (i) Duplicatas físicas (conforme a cláusula 1.2) ou escriturais (conforme a cláusula 1.3 e seguintes) admitidas pelo BANCO, relacionadas em borderôs sob a forma física ou eletrônica que indicarão o(s) código(s) de operação nº(s) 0047188 ("DUPLICATAS"), bem como (ii) os direitos de crédito(s) de que o DEVEDOR e/ou o(s) GARANTIDOR(ES) é(são) e/ou venha(m) a ser titular(es) perante o(s) devedor(es) das DUPLICATAS ("SACADOS") em virtude da(s) operação(ões) que originou(aram) as DUPLICATAS, incluindo, mas não se limitando aos eventuais direitos decorrentes (a) da imposição de multas, encargos contratuais, juros convencionais, acessórios e demais penalidades e indenizações e (b) das garantias reais e/ou fidejussórias, ("DIREITOS DE CRÉDITO(S)");

A.1) O valor total líquido das DUPLICATAS e dos DIREITOS DE CRÉDITO(S) representará, no mínimo, 60% (sessenta por cento) do valor principal, encargos e acessórios da(s) OBRIGAÇÃO(ÕES) GARANTIDA(S) ("LIMITE MÍNIMO DE GARANTIA"), observado o disposto no item A.2 abaixo.

54. Como se sabe, há de se considerar que independentemente do percentual estabelecido de garantia, a cessão fiduciária fica limitada ao valor garantido efetivamente existente.

55. Assim, na hipótese de superação aos argumentos e teses acima já expostas, como se sabe, há que se levar em consideração que independentemente do percentual estabelecido de garantia, a cessão fiduciária fica limitada ao valor garantido efetivamente existente.

56. Em consonância com o acima exposto, o Enunciado 51 da I Jornada de Direito Comercial, do Conselho da Justiça Federal estabelece que **o saldo do crédito não coberto pelo valor do bem ou garantia dos contratos previstos no art. 49, § 3º, se transformam em créditos quirografários.**

57. Senão vejamos o teor do citado Enunciado.

51. O saldo do crédito não coberto pelo valor do bem e/ou da garantia dos contratos previstos no § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005 é crédito quirografário, sujeito à recuperação judicial.

58. Desta maneira, por qualquer prisma que aprecie o assunto, fica evidente que além de não poder ser considerado extraconcursal, conforme acima detalhadamente esclarecido, ainda que se cogitasse eventual exclusão do crédito do Autor, somente se poderia fazê-lo até o limite das garantias efetivamente existentes.

59. Além da disposição acima, na hipótese reconhecimento de extraconcursabilidade do crédito por este MM. Juízo, há de ser considerado, que esta deverá ser limitada ao montante equivalente a 30% (trinta por cento) da diferença (garantia x saldo em aberto), eis que ao teor da decisão de fls. 1.530/1.539 que desconstituiu a trava bancária, liberando 70% (setenta por cento), cujo montante não mais constitui garantia ao referido saldo em aberto.

60. Nesta toada, em consideração à impossibilidade de excutir os bens objeto dos contratos mencionados na impugnação, seja em função do disposto no Enunciado 51 do CJF, que V. Exa. avalie a oportunidade de requerer a manifestação do Administrador Judicial sobre eventual reclassificação dos créditos ora impugnados para a Classe III (Quirografários).

III-C – DA AUSÊNCIA DE REGISTRO DA CESSÃO FIDUCIÁRIA

61. Como se verifica da análise detida da documentação juntada pelo Autor, parte dos aditivos ao contrato de cessão fiduciária não foram devidamente registrados, como exige a lei de regência, senão vejamos:

Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

§ 1º o Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

62. Em sendo assim, qualquer garantia eventualmente prestada no âmbito de contratos que não foram devidamente registrados, ficará sujeita integralmente à presente recuperação judicial.

63. A jurisprudência de E. Tribunal é favorável às alegações das Recuperandas, vejamos:

0018234-06.2015.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Des(a). MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA - Julgamento: 08/07/2015 -

VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO GARANTIDO POR CESSÃO FIDUCIÁRIA. INCLUSÃO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO. REJEIÇÃO. **SUBMISSÃO DO CRÉDITO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE REGISTRO DO CONTRATO PRINCIPAL. INEFICÁCIA EM RELAÇÃO A TERCEIROS. PERFECTIBILIZAÇÃO DA GARANTIA DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO QUE NECESSITA DO REGISTRO NO CARTÓRIO TÍTULOS E DOCUMENTOS COMPETENTE. CRÉDITO DO AGRAVANTE QUE, POR AUSÊNCIA DE REGISTRO, NÃO SE AMOLDA A EXCEÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 49, § 3º DA LEI Nº 11.101/05, DEVENDO SER INSERIDO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTES. CRÉDITO DA AGRAVANTE. NATUREZA. DA LEITURA DO ARTIGO 57 DA LEI COMPLEMENTAR 109/2001, DEPREENDE-SE QUE O PRIVILÉGIO CONCEDIDO ÀS SOCIEDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA REFERE-SE TÃO SOMENTE AOS CRÉDITOS QUE AQUELAS DETÊM EM FACE DOS SEUS PATROCINADORES. CRÉDITO IMPUGNADO QUE É CONSTITUÍDO POR CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO, TÍTULOS DE CRÉDITO NEGOCIÁVEIS NO MERCADO MOBILIÁRIO, NÃO POSSUINDO NATUREZA ALIMENTAR. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. UNÂNIME.**

0016946-57.2014.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Des(a). MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA - Julgamento: 04/06/2014
- VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO GARANTIDO POR CESSÃO FIDUCIÁRIA. INCLUSÃO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO. REJEIÇÃO. SUBMISSÃO DO CRÉDITO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE REGISTRO. INEFICÁCIA EM RELAÇÃO A TERCEIROS. **PERFECTIBILIZAÇÃO DA GARANTIA DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO QUE NECESSITA DO REGISTRO NO CARTÓRIO TÍTULOS E DOCUMENTOS COMPETENTE. CRÉDITO DO AGRAVANTE QUE, POR AUSÊNCIA DE REGISTRO, NÃO SE AMOLDA A EXCEÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 49, §3º DA LEI Nº 11.101/05, DEVENDO SER INSERIDO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTES. MANUTENÇÃO DA**

*DECISÃO RECORRIDA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
UNÂNIME*

64. A doutrina mais abalizada sobre o tema, dos Professores Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli¹³, também entende que a propriedade fiduciária é constituída com o registro do contrato, como retrata trecho da obra dos autores abaixo reproduzido:

“A propriedade fiduciária é constituída com o registro do contrato, nos termos do art. 1.361, 1º, do C.C. Logo, se o contrato não foi registrado, não há constituição de propriedade fiduciária, e, portanto, o crédito sujeita-se à recuperação judicial.”

65. Desta forma, se verifica que garantias fiduciárias vinculadas a contratos que não se encontram devidamente registradas em cartório de títulos e documentos na localidade do devedor não têm a blindagem trazida pelo art. 49, § 3º da LRF e, portanto, estão normalmente incluídos na recuperação judicial, como créditos concursais que são, devendo ainda, em qualquer caso, ficarem também limitados às garantias existentes como adiante melhor se ilustrará.

III-D - DA FALTA DE ESPECIFICAÇÃO DAS GARANTIAS QUE DESTITUI A CESSÃO FIDUCIÁRIA DO AGRAVANTE

66. Como se denota ainda da documentação acostada, fica claro que **não há nos contratos firmados com o Autor a adequada especificação das garantias, não havendo a individualização de qualquer operação.**

67. Os instrumentos de cessão fiduciária juntados pelo Autor não descrevem ou especificam quaisquer títulos que estariam cedidos fiduciariamente.

68. A identificação adequada dos títulos é derivada de obrigação legal constante do artigo 18, IV da Lei 9.514/97, abaixo transcrito:

¹³ AYOUN, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro. Forense, 2016. P. 72.

Art. 18. O contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida, e conterà, além de outros elementos, os seguintes:

...

IV - a identificação dos direitos creditórios objeto da cessão fiduciária.

69. Ora, não tendo cumprido os requisitos determinados pela legislação de regência, a cessão fiduciária, em realidade, de fato, nunca existiu e, por essa razão não pode ser excluída dos efeitos da recuperação judicial, sendo crédito concursal.

70. A jurisprudência deste E. TJRJ suporta tal conclusão, como apresentado abaixo:

*Impugnação de crédito em recuperação judicial. Decisão de improcedência, reconhecendo-se o crédito como quirografário. Agravo de instrumento do banco credor, pela extraconcursalidade, assim como, subsidiariamente, pelo afastamento da condenação a pagamento de honorários advocatícios. Cédula de crédito bancário garantida por duplicatas. Ausência de apresentação de borderôs, ou de qualquer relação descrevendo e identificando tais duplicatas, não ficando claro nem mesmo se foram efetivamente emitidas. **Necessidade de individualização (especialização) dos créditos alienados, nos termos do art. 66-B, "caput", e § 4º, da Lei nº 4.728/1965. Não preenchimento dos requisitos do art.1.362, IV, do Código Civil (art. 1.362, IV) e do art. 18, IV, da Lei nº 9.514/1997. Crédito que não pode, assim, ser considerado extraconcursal. Julgados das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste Tribunal. Honorários advocatícios. Impositiva condenação do impugnante ao pagamento de honorários advocatícios aos patronos da recuperanda, diante da litigiosidade instaurada no incidente. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste Tribunal. Manutenção da decisão recorrida. Agravo de instrumento desprovido.***

(TJSP; Agravo de Instrumento 2185687-55.2019.8.26.0000; Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Santana de Parnaíba - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 24/03/2020; Data de Registro: 17/05/2020)

0013722-38.2019.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Des(a). JOSÉ CARLOS PAES - Julgamento: 08/05/2019 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO. CRÉDITO CONCURSAL. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. CABIMENTO. 1. Sustenta a agravante equívoco na classificação do crédito do qual é titular, pois deve "ser integralmente reconhecido como extraconcursal", sob o argumento de que "se encontra garantido por alienação fiduciária e cessão fiduciária de direitos creditórios". 2. As questões atinentes ao disposto no artigo 31 da Lei 10.931/2004, a alegada omissão em relação "as garantias que foram performadas com os valores já depositados na conta sem livre movimentação" e a obrigação contratual da recuperanda de informar os títulos cedidos não foram abordadas perante o Juízo a quo, sequer nos embargos de declaração interpostos. Assim, em relação a tais alegações, resta configurada a indevida inovação recursal. 3. No que concerne a sujeição à Recuperação Judicial dos créditos relativos aos títulos recebíveis não performados ou recebíveis a performar, desnecessária a descrição do título, por se tratar de crédito a performar, não existente à época da celebração do contrato. Por outro lado, deve-se descrever os direitos creditórios, uma vez que a garantia da cédula de crédito bancário pode ser constituída por crédito futuro (a performar). 4. Nesse sentido, dispõem o artigo 18, inciso IV, da Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, que o contrato de cessão fiduciária em garantia deverá conter, além de outros elementos, "a identificação dos direitos creditórios objeto da cessão fiduciária". Aliás, a possibilidade de que a cessão fiduciária em garantia de crédito bancário recaia sobre crédito futuro encontra previsão no artigo 31 da Lei 10.931/04. Precedente do STJ. 5. **Não obstante, no caso concreto, os contratos firmados não especificam os créditos a performar.** 6. Assim, da análise dos contratos referidos e das demais provas trazidas aos autos **conclui-se que embora haja previsão de garantia por alienação fiduciária, inexisteu a especificação do crédito cedido fiduciariamente.** 7. Desse modo,

inaplicável, no caso concreto, o disposto no artigo 49, §3º, da Lei 11.101/05. Não incide, também, em que pese a inovação acima reconhecida, o disposto no artigo 31 da lei 10.931/04. 8. No que concerne à verba honorária, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, cabível a fixação de honorários advocatícios ante a litigiosidade ao processo em razão da impugnação apresentada. Precedentes. 9. Por fim, o artigo 85, §11, do atual Código de Processo Civil dispõe que o Tribunal, ao julgar o recurso interposto, majorará os honorários fixados anteriormente. 10. Recurso não provido.

71. Em complemento, tem-se ainda que **parte dos créditos exigidos pelo Autor, sequer existiam no momento da formalização da constituição das garantias dos recebíveis**. Na esteira desse raciocínio, como poderia ser viável a transferência de propriedade de algo que não existia no momento na constituição da garantia?

72. Ora, se o crédito não existia, ele não era passível de ser alienado fiduciariamente ou transferido, razão pela qual deve ser, portanto, submetido à recuperação judicial.

73. Não se ignora que existem precedentes em sentido contrário no que tange à faculdade de tal especificação, ainda que os créditos cedidos fiduciariamente fossem inexistentes na data da constituição da garantia ou mesmo quanto a não obrigação de registrar os contratos de cessão fiduciária, entretanto, não houve uniformização da jurisprudência firmada em sede de recurso repetitivo que obrigue obediência a quaisquer desses entendimentos, devendo o magistrado fazê-lo de acordo com sua própria avaliação e amparado pela legislação em vigor.

74. Nessa linha, em observância ao disposto no artigo 18, inciso IV da Lei 9.514/97, as cessões fiduciárias sobre os recebíveis das Recuperandas nunca existiram, eis que não foram adequadamente individualizadas, motivo pelo qual os valores nunca se integraram na propriedade do Autor, devendo, portanto, por consequência lógica, o crédito relacionado ser integralmente concursal, tal como consta da relação de credores.

**III-E - DA RENÚNCIA À GARANTIA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA
QUE TORNA O CRÉDITO CONCURSAL**

75. Como se verifica do contrato acima referido, o Autor também constituiu garantia de alienação fiduciária, no caso dos autos, perfil de alumínio;

1. RELAÇÃO DOS BENS ALIENADOS FIDUCIARIAMENTE ("BENS ALIENADOS") A PARTIR DA DATA DE ASSINATURA DO PRESENTE INSTRUMENTO:

Descrição do(s) bem(ns) alienado(s)	Quantidade	Valor Unitário (R\$)	Valor Total (R\$)
Perfil de alumínio com 7 metros de comprimento x 30 mm de largura x 22 mm espessura, peso de 250 g/metro. Vara com peso de 1,75kg	23.567 (unidades)	R\$ 25,46	R\$ 600.015,82
Endereço de Localização dos Bens: Estrada RJ 127, S/Nº (Lote 08 Parte Lot.Industrial), Lages, Paracambi/RJ, CEP: 26.600-000			

76. Ocorre que, o Autor executa o avalista da operação e sócio administrador das Recuperandas nos autos da execução, processo nº 1103627-96.2020.8.26.0100, em trâmite perante a do 12ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo

77. Neste sentido, como já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos do processo 0065863-98.2017.8.26.0100¹⁴, no qual, por coincidência, o Autor foi vencido, uma vez que optando o credor por executar a dívida ao invés de excutir a garantia constituída mediante alienação fiduciária, **há a perda da condição de credor fiduciário**, retirando-se dele os "benefícios" constantes no art. 49, § 3º da LRF.

78. Abaixo a ementa do citado acórdão.

EMENTA

*Recuperação judicial Impugnação de crédito acolhida – **Cédula de Crédito Bancário garantida por cessão fiduciária de créditos e alienação de imóvel - Ajuizamento de execução individual - Renúncia às garantias fiduciárias** - A constituição das garantias fiduciárias foi efetivada com o propósito de se salvaguardar a posição do credor e, frente à pendência da recuperação judicial, a cobrança pela via executiva gera uma conjuntura de grave incompatibilidade, em que há, com prejuízo jurídico e econômico efetivo para todos os demais credores,*

¹⁴ Agravo de Instrumento nº 2034109-11.2020.8.26.0000 Agravantes: Marbow Resinas Eireli - Em Recuperação Judicial, Bentomar Indústria e Comércio de Minérios Ltda e Fundação Jupter Ltda (massa falida) Agravado Banco Industrial do Brasil S.a. Interessado: Cabeção Administração Judicial Eireli (Administrador Judicial) Nº na origem: 0065863-98.2017.8.26.0100 Voto nº 16.243. Rel. Fortes Barbosa. Acórdão datado de 23/07/2020

uma atuação sobre o patrimônio geral da devedora, provocando uma automática liberação destas garantias - Falta de individualização dos direitos creditórios objeto de cessão fiduciária em afronta ao disposto nos artigos 1.362, inciso IV do Código Civil e 66-B da Lei 4.728/65 A cessão fiduciária não pode ser oca e desprovida de conteúdo concreto - Não se pode ter como válida e eficaz garantia maculada pela total falta de elementos mínimos a permitir a identificação, como se o credor fiduciário pudesse, de maneira arbitrária, indicar o que é (ou não) abarcado como garantia - Crédito concursal. Decisão reformada Recurso provido.

79. Em sendo assim, **o crédito do Autor, outrora com garantia de alienação fiduciária, deve ser considerado concursal**, com recebimento nos termos do plano de recuperação apresentado pelas Recuperandas, devendo ainda tal montante ser reduzido de eventual cobrança em face do avalista em razão de tal concursalidade.

IV DOS PEDIDOS

80. Ante o exposto, requer-se:

(i) a improcedência do pedido autoral, mantendo-se os créditos do Autor como concursais, tendo em vista que a cédula de crédito bancário nº 09304417 e de seus aditivos não possuem garantias definidas, bem como em razão da renúncia à garantia, impondo o recebimento do crédito pelo credor na recuperação judicial, requerendo-se em complemento, a oitiva do Administrador Judicial sobre eventual reclassificação dos créditos ora impugnados para a Classe III (Quirografários);

(ii) subsidiariamente, caso seja do entendimento de V.Exa a extraconcursalidade do crédito, que então seja limitado ao percentual previsto em contrato, sobre o saldo residual em aberto (valor relacionado na relação de credores), bem como limitado a 30% (trinta por cento) em razão da liberação da trava bancária, impondo o recebimento do saldo do crédito pelo credor na recuperação judicial, requerendo-se em complemento, a oitiva do Administrador Judicial sobre eventual reclassificação dos créditos ora impugnados para a Classe III (Quirografários);

(iii) Condenação do Autor nos ônus da sucumbência.

Nestes Termos,

Pede Deferimento

Rio de Janeiro, 16 de maio de 2022.

Bruno Luiz de Medeiros Gameiro
OAB RJ nº 135.639

Luciana Abreu dos Santos
OAB RJ nº 124.353

Alessandra Cristina de Araujo Coelho
OAB RJ nº 165.775