INSPER

LLC – Direito Empresarial

Fernando Xavier Marques Ferreira

Classificação de crédito com garantia fiduciária de terceiro no processo de recuperação judicial.

São Paulo

2018

Fernando Xavier Marques Ferreira

Classificação de crédito com garantia fiduciária de terceiro no processo de recuperação judicial.

TCC apresentado ao programa de LLC de Direito Empresarial, do Insper – Instituto de Pesquisa e Ensino, como requisito parcial para obtenção do título de pós graduado.

Orientadora: Pamela Gabrielle Romeu Gomes Roque

São Paulo

2018

Ferreira, Fernando Xavier Marques.

Classificação do crédito com garantia fiduciária de terceiro no processo de recuperação judicial.

Fernando Xavier Marques Ferreira – São Paulo, 2021. Xxf

TCC – Pós Graduação – Insper, 2021

Orientador: Professora Pamela Gabrielle Romeu Gomes Roque

1 Recuperação Judicial. 2.Empresas. 3.Garantias fiduciárias 4.Poder Judiciário 5.Quadro de Credores. I. Fernando Xavier Marques Ferreira. II. Classificação do crédito com garantia fiduciária de terceiro no processo de recuperação judicial.

Fernando Xavier Marques Ferreira

Classificação de crédito com garantia fiduciária de terceiro
no processo de recuperação judicial.

TCC apresentado ao programa de LLC de Direito Empresarial, do Insper – Instituto de Pesquisa e Ensino, como requisito parcial para obtenção do título de pós graduado.

Data da Aprovação: __/__/__

Resumo

O tema do trabalho versa sobre a classificação do credito fiduciário garantido por terceiro no quadro de credores ou fora dele no processo recuperação judicial, uma vez que o assunto vem sendo frequentemente debatido no mundo juridico e gerando grande repercussão. Já existem diversas decisões de juízes e turmas julgadoras a respeito da questão, porém ainda não houve um consenso para formar uma jurisprudência pacificada. Nessa linha de divergências a respeito das garantias fiduciárias prestadas por terceiros não pertencentes ao polo ativo da recuperação é comum ver tribunais regionais com diferentes pareceres, alguns seguindo uma corrente e classificando o credito fiduciário de terceiro de uma forma, e outros tribunais estaduais se posicionando de maneira contraria e seguindo outro tipo de doutrina, o que acaba gerando uma insegurança jurídica a respeito. O intuito do trabalho é demonstrar as diferentes visões acerca do assunto, seja do poder judiciário, das correntes doutrinarias, ou dos empresários que possuem relação com o assunto e expor seus impactos nesse trâmite recuperacional, e colocando como as diferentes decisões podem alterar um quadro de credores e alterar o rumo de tantas empresas que recorrem a esse procedimento para manter suas atividades vivas e saudáveis, visando preservar empregos e zelar pelo compromisso com credores cumprindo sua função social.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Empresas. Garantia fiduciária. Poder Judiciário. Quadro De Credores.

Abstract

The subject of this work deals with the classification of the fiduciary credit guaranteed by a third party in the list of creditors or outside the list of creditors in the judicial recovery process, since the issue has been frequently discussed in the legal world and has generated great repercussion. There are already several decisions from judges and panels on the matter, but there has not yet been a consensus to form a pacified jurisprudence. In this line of divergence regarding fiduciary guarantees provided by third parties who do not belong to the active pole of the reorganization, it is common to see regional courts with different opinions, some following one trend and classifying the fiduciary credit of a third party in a certain way, and other state courts taking a contrary position and following another type of doctrine, which ends up creating legal uncertainty in this respect. The purpose of this paper is to demonstrate the different views on the subject, whether from the judiciary, the doctrinal currents, or entrepreneurs who have a relationship with the subject and expose its impacts on this recovery procedure, and how the different decisions can change a picture of creditors and change the course of many companies that resort to this procedure to keep their activities alive and healthy, to preserve jobs and ensure the commitment to creditors fulfilling their social function.

Keyword: Judicial Recovery. Companies. Fiduciary Guarantee. Judiciary. List of Creditors

Sumário

Introdução.....8

1 Da garantia fiduciária.....10

1.1 Conceito 10

1.2 Garantia de terceiro e seu registro.....10

1.3 Excussão da garantia fiduciária.....11

2 Da recuperação judicial.....13

2.1 Requisitos para o deferimento da recuperação judicial.....14

2.2 Efeitos e formação de quadro de credores.....15

3 Das divergências jurisprudenciais sobre a garantia fiduciária de terceiro.....17

3.1 Posição do STJ.....17

3.2 Posição do Tribunal de São Paulo 18

3.3 Ratificação posição do STJ.....19

Conclusão.....21

Referências.....23

Introdução

O processo de recuperação judicial de empresas é uma situação que vem ganhando cada vez mais visibilidade no cenario brasileiro e que vem sendo cada vez mais usado para manter as empresas saudáveis e ativas, além de continuar gerando empregos e seguir produzindo riquezas e fazendo com que a economia gire como um todo. Uma demonstração disso é que o número de recuperações judiciais deferidas até outubro de 2021 é de 477, maior que o total de processos dessa classe em todo 2020 que foi de 467, conforme dados oficiais dos Serasa Experian.[1]

Em um cenário de recuperação judicial existem quatro classes de credores, conforme estabelece o art. 41 da lei 11.101 de 2005[2], que recebem na seguinte ordem: créditos trabalhistas, créditos com garantia real, crédito quirografário e créditos de microempresas ou empresas de pequeno porte.

Porém no art. 49 da mesma lei citada, consta que o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis não terá seu crédito submetido aos efeitos da recuperação e prevalecerão os direitos de propriedade sobre as coisas e as condições contratuais. Ou seja, dívidas com garantias fiduciárias, não se sujeitam ao processo de recuperação judicial e ficam de fora de qualquer eventual quadro de credores e ordem de recebimento do mencionado processo, podendo seguir seu curso padrão de excussão.

Nessa linha, é possível perceber que existe uma lacuna, pois se os créditos com garantia real ficam na classe II e os créditos com garantia fiduciária ficam de fora do plano, o crédito validação fiduciária de uma terceira pessoa, a qual não compõe o polo passivo da ação, fica indefinido e sem lugar exato na situação.

E então, diante dessa lacuna, começaram a surgir as divergências jurisprudenciais, sendo que alguns juízes alegavam que devia ser mantido o caráter extraconcursal do crédito devido seu vínculo fiduciário e outros juízes tratavam o crédito como quirografário pois a garantia era de terceiro e não iria prejudicar a saúde da empresa.

---

[1] SERASA. Disponível na internet em https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/ - Acesso em 02/12/2021 as 18:16

[2] Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.
Art. 41. A assembleia-geral será composta pelas seguintes classes de credores:
I – Titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;
II – Titulares de créditos com garantia real;
III – Titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.
IV - Titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Diante desse cenário incerto, foi criada uma segurança jurídica nessa esfera recuperacional, pois ao cogitar um pedido de recuperação judicial, empresários e seus advogados, se viam em uma situação controversa, que impossibilitava o planejamento de pagamento de credores e tornava a empresa vulnerável a excussões de créditos que fossem considerados extraconcursais.

Essa incerteza mencionada acabou indo contra os princípios da recuperação que tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do empresário devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a continuação da atividade empresarial, sua função social e o estímulo da economia.

Já é uma questão pacificada na doutrina brasileira de que a recuperação não almeja apenas a reestruturação do passivo da empresa, mas também a o seguimento da atividade empresarial, posto que, dessa forma, estariam sendo levados em conta os princípios chaves da atividade empresarial no contexto da sociedade, desde a própria manutenção desta, como fonte produtora de insumos e postos de trabalho, até o fomento da economia, da geração de tributos ao municípios e Estados e ao estímulo da atividade econômico-empresarial do país.

A respeito do conceito da função social da recuperação o autor Luis Felipe Salomão traz a seguinte definição:

> A regra, portanto, é buscar salvar a empresa, desde que economicamente viável. O legislador colocou, à disposição dos atores principais, no cenário da empresa em crise, as soluções da recuperação extrajudicial e judicial.
> [...]
> Outrossim, é bem de ver que existem valores a serem ponderados, a manutenção ou tentativa de soerguimento da empresa em recuperação, com todas as consequências sociais e econômicas daí decorrentes – como, por exemplo, a preservação de empregos, o giro comercial da recuperanda e o tratamento igual aos credores da mesma classe, na busca da melhor solução para todos.[3]

[3] Salomão, Luis Felipe – Recuperação Judicial, Extrajudicial, e Falência. – 5° ed – São Paulo: Forense, 2020, Pg. 25 e 26

1 – Da garantia fiduciária

1.1 Conceito

Para compreendermos o contexto do tema aqui apresentado é necessário esclarecermos o conceito de crédito fiduciário e suas diferenças com relação a créditos com garantia real, e isso é apresentado por Melhim Namem Chalhub:

> Propriedade fiduciária é uma propriedade limitada pelas restrições que sofre em seu conteúdo, considerada a finalidade para a qual é constituída, tendo duração limitada, enquanto perdurar o escopo do negócio. Por esse modo, o titular de determinado bem transmite a propriedade ao credor sob condição resolutiva, com a exclusiva finalidade de garantia. Uma vez cumprida a obrigação garantida, resolve-se a propriedade do credor, retornando a plena propriedade ao patrimônio do antigo titular.
> [...]
> A propriedade fiduciária em garantia difere dos direitos reais limitados de garantia, quais sejam o penhor, a anticrese e a hipoteca, porque nestes o titular da garantia tem um direito real na coisa alheia, tendo em vista que o bem dado em garantia, embora vinculado ao cumprimento da obrigação, continua no patrimônio do devedor, enquanto na propriedade fiduciária a garantia incide em coisa própria do credor, já que o devedor lhe transmite a propriedade do bem, embora em caráter resolúvel.[4]

Existem duas espécies de alienação fiduciária disponíveis: a alienação fiduciária de bens móveis, como carros, motos e caminhões e alienação fiduciária de bens imóveis, como apartamentos, casas, lojas e fábricas.

É comum no cenário empresarial da atualidade o uso desse recurso da alienação fiduciária de bens móveis ou imóveis. Os empresários para viabilizar o levantamento de recurso financeiros, procuram bancos, cooperativas, entre outras instituições financeiras, e oferecem algum bem em caráter fiduciário em troca de uma quantia de dinheiro. Esse oferecimento de imóvel ou recebíveis geralmente é praticado para viabilizar o empréstimo de valores maiores e em melhores condições, como taxas de juros mais baixas e prazo mais longo.

1.2 -Garantia de terceiro e seu registro.

Por vezes, tanto os empresários como a própria empresa não disponibilizam de tal bem ou direitos para oferecer em garantia, e então entra a figura do terceiro garantidor. Este possui tal item em seu patrimônio, comparece ao quadro da negociação e oferta seu para garantia da operação financeira em troca da disponibilização do valor. Ou seja, é usado patrimônio de um terceiro que não é a empresa tomadora do recurso para viabilizar a operação, mas essa terceira

---

[4] CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária - Negócio Fiduciário. Grupo GEN, 2021. 7ª ed – 2021. Pg 245.

parte não responderá pela dívida em caso de inadimplemento, ela responde apenas com o bem avençado.

Esse terceiro envolvido não precisa ser necessariamente um sócio da empresa, podendo ser uma pessoa física sem vínculo com a companhia, uma outra empresa operacional ou até uma holding patrimonial.

O essencial nesse tipo de negócio é que a garantia esteja devidamente registrada para que não haja nenhum vício a ser alegado em uma possível consolidação em caso de inadimplemento. Nesse ponto é importante ressaltar, o registro é indispensável para dar publicidade aos elementos do contrato de alienação fiduciária em garantia, bem assim para constituir a propriedade fiduciária. Portanto, o contrato de alienação fiduciária em garantia, para ter validade entre as partes envolvidas, precisa ser praticado por escrito e conter todos os elementos previstos pelo legislador, sendo imprescindível o seu registro.

Não é raro no judiciário brasileiro verificarmos casos em que o devedor fiduciante tenta alegar ineficácia da garantia e o credor enfrentar uma possível perda da propriedade que lhe foi conferida pela operação em questão, devido a uma falha no registro do negócio causando um prejuízo irreparável.

1.3 Excussão da garantia fiduciária.

Em vezes esses empréstimos que são resguardados por essa alienação fiduciária acabam sendo inadimplidos, e para reaver seu dinheiro e não ter prejuízo a instituição financeira vai atrás da garantia vinculada a tal operação financeira. O credor tem o direito de em caso de mora, e para manter seus interesses protegidos, perseguir esse bem de caráter fiduciário disposto no ato creditório.

Porém, diferente de outras garantias como hipoteca, que para perseguir o bem tem que entrar com uma medida judicial, a excussão da garantia fiduciária acontece de maneira extrajudicial. No caso da consolidação de imóvel, isso acontece diante do próprio cartório de registro de imóveis.

Assim que acontece a entrada do processo junto ao cartório, este realiza a intimação do devedor para purgar a mora no prazo de 15 dias, sendo necessário o devedor pagar todas as prestações vencidas, acrescidas de juros e demais encargos que foram pactuados. Caso não haja o pagamento da quantia devida, o credor que já tem a propriedade fiduciária do imóvel, o consolida em seu nome e segue com o leilão do ativo em duas praças. Sendo arrematado o bem em leilão, o credor tem que dar quitação ao devedor.

Sobre o tema da excussão da garantia, o autor Afranio Calor Camargo Dantzger traz o seguinte dizer:

> De proemio, tem-se que, em caso de inadimplemento contratual por parte do devedor fiduciante, ao credor fiduciário, a priori, cabe optar por recuperar seu crédito em sede de execução judicial ou pelo procedimento de cobrança extrajudicial e consolidação, em seu nome, da propriedade fiduciária que lhe foi transferida de forma voluntária e anteriormente, quando da concessão do crédito, em garantia do mesmo.[5]

Nota-se a diferença de procedimento, visando não demandar o judiciário, evitando um sobrecarregamento do mesmo, e buscando um método que seja menos oneroso para todas as partes envolvidas.

[5] *CAMARGO, DANTZGER,.Afranio. C.* Alienação Fiduciária de Bens Imóveis, 3ª edição. *São Paulo: Grupo GEN, 2010.Pg 83*

2 – Da Recuperação Judicial

A recuperação judicial é um processo muito utilizado por sociedades empresariais e empresários que se encontram em uma situação financeira difícil e recorrem a este procedimento como meio para enfrentar a situação. Eles buscam se reestruturar, não somente com relação ao passivo originado, mas se reestruturar como uma companhia no geral, para equalizar as dívidas e conseguir se reerguer novamente, se mantendo saudáveis, honrando com seus compromissos e mantendo sua função social.

Então existem dois cenários base, primeiro deles é quando a empresa já está em recuperação judicial e solicita o apoio de um fundo de investimento especializado em reestruturação de empresas, para comprar créditos arrolados no quadro de empresas que possuem valores a receber da recuperanda, estruturar o plano, apoiar a companhia na assembleia, e se tornar um credor parceiro.

E então nesse primeiro cenário é preciso entender se a empresa tem interesse na aquisição de um crédito garantido fiduciariamente ou se o interesse é em outro tipo de crédito que não se enquadra nessa classe.

No segundo cenário, de uma maneira mais consultiva, a procura uma empresa especializada reestruturação de empresa, e, antes de ingressar com o pedido judicial de recuperação, solicita uma diligência para que possa fazer toda uma análise dos passivos existentes e caso verifiquem a existência de créditos extraconcursais que possam ser arrolados no quadro é alertado sobre possíveis riscos que possam vir a surgir em um cenário futuro de aprovação do plano.

A maneira como se constituem os créditos que vão parar no plano de recuperação judicial e os créditos que ficam fora dele além do relacionamento com todas as partes envolvidas e interessadas no processo, sejam as próprias recuperandas, ou credores, judiciário, mídia e acionistas, são de fundamental relevância na questão da classificação do crédito fiduciário na etapa recuperacional de uma entidade empresarial.

E é assim que a doutrina brasileira explica a função social da recuperação judicial e seus objetivos:

> Se, eventualmente, um empresário ou sociedade empresária entra em crise, com a momentânea alteração do curso de seus negócios, trazendo- lhe problemas de natureza econômica, financeira ou técnica, é razoável que a ordem jurídica lhe proporcione anteparos, visando nao somente a sua estrutura jurídica ou econômica nem apenas o binômio credor – devedor, mas, sobretudo, a sua função social.
> É, felizmente, o que tem por escopo a nova Lei no 11.101, de 2005, ao instituir o novo instituto da recuperação judicial, que, nos precisos termos do art. 47, tem por fim: I –

> viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do empresário ou sociedade empresária quando devedores; II – promover a preservação da empresa e sua função social; III – manter consequentemente: a) a fonte produtora; b) o emprego dos trabalhadores; c) o interesse dos credores; d) o estímulo à atividade econômica.[6]

O motivo que leva uma empresa a pedir recuperação judicial são os mais diversos, podendo ser uma questão única ou uma soma de fatores: uma gestão ruim da empresa, negócio que fornece produto ou serviço que não é mais condizente com a pedida atual do mercado, doença de um ou mais gestores essenciais para condução da companhia, crise política, catástrofe climática, escassez de matéria prima vital para desenvolvimento da atividade.

É plenamente possível na instabilidade financeira que vive não só o Brasil, mas como o mundo, vermos empresas tradicionais, com anos de atividade no mercado, tendo que recorrer a esse procedimento, pois acabaram enfrentando uma das causas listadas no parágrafo acima. Muitas vezes é a única medida encontrada para resolver o tema e conseguir dar seguimento nas atividades da empresa.

Neste momento, os empresários mapeiam todos seus passivos, sejam eles de caráter trabalhista, bancário ou com fornecedor, recorrem a um advogado, juntam toda a documentação necessária e ingressam com a ação devida para início dos procedimentos.

Porém, é necessário entender se de fato aquela empresa ainda possui uma atividade lucrativa e eficiente e se realmente o processo recuperacional irá ajudar a empresa a se manter ativa e saudável. Nesse sentido, Marcelo Sacramone alerta:

> A proteção do empresário e da atividade sem viabilidade econômica por meio da recuperação judicial pode gerar perda de eficiência, comprometimento da confiança dos credores, insegurança jurídica, em prejuízo de todos. A função social da empresa somente será produzida se a atividade for lucrativa e eficiente. Apenas a atividade economicamente eficiente tem condição de se perpetuar em mercados competitivos e gerar os benefícios pretendidos pela Lei a todos.[7]

2.1 Requisitos para o deferimento da recuperação judicial

Para se enquadrar nos requisitos necessários para obter o deferimento do processos, o devedor deve preencher alguns requisitos em juízo, os quais estão previstos no artigo 48, §1º, da Lei 11.101/05, que versa, em regra, que a recuperação judicial só poderá ser concedida pelo devedor empresário ou à sociedade empresária, bem como pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente. Em contrapartida, os incisos I e II do artigo 2º determina quais os entes que estão ilegitimados a requerer a recuperação judicial, sendo eles:

---

[6] *SILVA, PACHECO, José. D.* Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, 4ª edição. *São Paulo. Grupo GEN, 2013. Pg 143.*

[7] *SACRAMONE, MARCELO.* COMENTÁRIOS À LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA. *Editora Saraiva. São Paulo. 2021. Pg 123*

as sociedades de economia mista, as empresas públicas, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, cooperativa de crédito, a entidade de previdência complementar, a sociedade de capitalização a instituição financeira pública ou privada, a sociedade seguradora e o consórcio.

Em complemento ao artigo mencionado acima, o artigo 48 da lei 11.101/05 obriga que o empresário ou sociedade empresária que requerer a recuperação judicial deverá, no momento do requerimento, comprovar o exercício regular de suas atividades por mais de 2 (dois) anos. Por fim, é necessário ressaltar que os requisitos são cumulativos, ou seja, o não cumprimento de qualquer um irá acarretar no indeferimento do processamento da recuperação judicial previsto no artigo 52 da lei tratada nesse capítulo.

Os requisitos mencionados são claros e objetivos e servem como um instrumento de verificação pelo juiz de que requerente, seus sócios e administradores são legítimo para ingressar com a demanda judicial, afastando qualquer tipo de irregularidade de empresas que querem se reerguer de maneira indevida.

2.2 – Efeitos e formação de quadro de credores.

Com o ingresso da demanda, o juiz irá analisar toda a documentação acostada nos autos e em caso de preenchimentos do requisitos, irá deferir o processamento e irá ordenar a suspensão de todas as ações ou execuções existentes contra o devedor pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias), consoante art. 52, inciso III e art. 6º, parágrafo 4ª, da LFRE.

Vale pontuar que a suspensão obrigações de pagamento não são estendidas aos avalistas e garantidores das operações, que ainda podem ser cobrados nas execuções pelos titulares dos créditos, pois a suspensão das ações vale apenas em face da empresa recuperanda não podendo ser suspensa em relação a quem avalizou a operação.

A interrupção das ações visa oferecer ao devedor fôlego financeiro, pois este não terá que pagar as dívidas concursais de imediato, podendo submeter os créditos a prazos e deságios que sejam compatíveis com sua condição financeira. Assim está momentaneamente protegido de qualquer tipo de penhora ou expropriação oriundos das ações com trâmite suspenso.

Após o deferimento da recuperação judicial, é nomeado um administrador que irá gerir esse processo e fiscalizar a empresa recuperanda. E é então que o quadro de credores é formado, respeitando a ordem preferencial, constando nele o credor, sua respectiva classe e o crédito lhe é devido.

Juntamente com o quadro, é apresentado o plano que viabiliza o reerguimento da companhia, contendo nele a maneira que a empresa irá retomar sua atividade lucrativa, o prazo de pagamento, a forma e o deságio de cada classe. Esse plano é elaborado conforme estratégia da companhia, de maneira que ela consiga cumpri-lo e volte a ser uma empresa saudável, e nessa linha Ricardo Negrão explica:

> O legislador não impôs forma rígida à apresentação do plano, permitindo que, no arranjo dos meios, o devedor empregue, com liberdade, as ações que lhe convier, priorizando determinadas estratégias em detrimento de outras. Contudo, deve valer-se de assessoria jurídica adequada na elaboração dos documentos relativos à constituição de sociedade e elaboração de contratos ou de alterações estatutárias e contratuais e dos projetos que impliquem mudanças estruturais na constituição societária.[8]

Quando o quadro é formado, os credores podem apresentar perante o processo de recuperação judicial impugnações referente a qual classe deve pertencer seu crédito, o valor que ele entende por devido e até se sua quantia deve se submeter ao processo ou se deve ser um credito extraconcursal. Nesse momento é que entra o tema abordado nesse trabalho, a qual classe de credores pertence o crédito que é garantido por bem fiduciário de uma terceira pessoa a qual não é polo ativo do processo.

3 - Das divergências jurisprudenciais sobre a garantia fiduciária de terceiro.

[8] *NEGRÃO, Ricardo.* FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS. *São Paulo Editora Saraiva, 2019. PG 229*

Criou-se um enorme debate sobre o enquadramento do crédito com garantia fiduciária de terceiro no painel de credores. Pelo art. 49, paragráfo 3º da Lei 11.101/2005, todos os créditos com garantia fiduciária devem ficar de fora do plano de recuperação judicial, pois eles são extraconcursais, ou seja, não sujeitos ao plano, porém ficou uma lacuna da posição desse tipo de crédito quando garantido por uma terceira pessoa.

Alguns juízes seguiam o artigo da lei e colocavam o credito como extraconcursal, porém outros juízes entendiam que como aquele bem oferecido como garantia não pertence ao patrimônio da recuperanda o crédito tem que pertencer a classe III dos quirografários.

Isso acabou gerando uma insegurança jurídica, pois frequentemente esses créditos eram posições importantes no quadro, com valores relevantes e assim impactavam na aprovação do plano em assembleia. Os empresários não conseguiam visualizar qual era o valor devido de fato a ser pago pela empresa e não conseguiam projetar uma estimativa de fluxo de pagamento pois o valor em discussão não tinha uma posição definida.

A lacuna que implícita nessa situação afetou tantos as empresas que já estavam em recuperação judicial, quanto as empresas que pretendiam recorrer a tal medida jurídica para manter a viabilidade de seus negócios.

3.1 Posição do STJ.

Diante dessa divergência de decisões dos juízes, o tema foi para Superior Tribunal de Justiça e lá a terceira turma colocou que em seu entendimento deve ser seguido o que versa no artigo 49, e consideraram o crédito com garantia fiduciária de terceiro como sendo extraconcursal, ficando assim fora da recuperação judicial:

> 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.[9]

O STJ concluiu que mesmo sendo de terceiro, o caráter fiduciário não pode ser ignorado, pois esse instrumento financeiro foi criado justamente com a intenção de manter esse tipo de operação financeira fora do quadro de credores. Quando o STJ se posiciona sobre determinado tema, é esperado que os tribunais e juízes regionais de cada Estado brasileiro sigam esse julgamento e mantenham o tema pacificado.

É comum que em momentos de divergências como essa, o STJ se posicione e imponha seu entendimento, fazendo com que assim, seja firmado uma linha de julgamento uniforme e que não gere incertezas.

3.2 – Posição do tribunal de São Paulo

Porém, apesar da grande maioria dos julgadores terem adotado o posicionamento do STJ, o tribunal de São Paulo se posicionou de maneira diversa e as Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, em 2019, ou seja, após a decisão do Superior, criaram um enunciado que versa o seguinte "Inaplicável o disposto no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05, ao crédito com garantia prestada por terceiro, que se submete ao regime recuperacional, sem prejuízo do exercício, pelo credor, de seu direito contra o terceiro garantidor."[10]

Portanto, criou-se uma jurisprudência diferente do que foi pacificado pelo STJ, o que acabou trazendo de volta a insegurança jurídica a respeito. Um tema que já tinha sido definido teve de volta toda a dúvida que o cercava, e os processos de recuperação judicial acabaram por ter rumos diferentes.

Isso fica claro quando analisamos o julgamento de um agravo de instrumento que aconteceu em 2020 por um tribunal de São Paulo:

> "RECUPERAÇÃO JUDICIAL Impugnação do crédito Extraconcursalidade pretendida pela instituição financeira parcialmente afastada - A garantia prestada por terceiro, no caso sócio avalista, afasta a incidência do art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/05 - Enunciado VI do Grupo de Câmaras Reservadas de direito empresarial Decisão escorreita - Recurso improvido."[11]

Assim, os tribunais do Estado de São Paulo criaram uma nova jurisprudência, alterando o entendimento que já havia sido firmado pela corte superior. Eles entendem que o motivo do

---

[9] STJ - REsp: 1549529 SP 2013/0377786-3, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 18/10/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/10/2016

[10] Enunciados Do Grupo de Câmaras Reservadas de Direito empresarial. Enunciado VI. DJE de 15/04/2019. Disponível em https://www.tjsp.jus.br/Download/Rodape/GrupoCamarasEmpresariaisEnunciados.pdf. Acessado em 08/12/2021

[11] TJ-SP – AI:22223471420208260000 SP 2222347-14.2020.8.26.0000, Relator: J.B Franco de Godoi, Data do Julgamento: 07/07/2021, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 07/07/2021

crédito ser classificado como quirografário é pelo motivo de que o patrimônio não pertence a empresa recuperanda, sendo assim como o bem garantidor não afeta a empresa requerendo do pedido recuperacional, o crédito não pode ser excluído e não se sujeitar ao quadro de credores estabelecido.

Importante destacar que as decisões que seguem essa linha, permitem que, mesmo que arrolado o crédito na classe quirografária, o credor dessa garantia posse seguir excutindo o bem de maneira extrajudicial, sem perder qualquer privilegio ou proteção fiduciária que lhe foi conferida na origem da operação.

3.3 Ratificação posição do STJ

Diante desse panorama de incertezas, recentemente, em setembro de 2021, o STJ, novamente pela terceira turma, posicionou com relação ao assunto e confirmou sua posição, considerando que o a propriedade do bem é indiferente para sua classificação e que todos os créditos com garantia fiduciária devem ficar de fora do concurso de credores:

> RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO À RELAÇÃO DE CREDORES. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. 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..RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO À RELAÇÃO DE CREDORES. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. 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 jurisdicional, 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 jurisdicional, 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.[12]

A ministra Nancy Andrighi em seu voto, expõe que já houve decisão nesse sentido pelo próprio STJ no sentido de excluir o crédito da recuperação, e que apesar do tribunal de origem não seguir a linha desta decisão, o que deve prevalecer é o entendimento já firmado pelo Superior Tribunal de Justiça.

---

[12] STJ – Resp: 1938706 SP 2020/0312022-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 14/09/2021, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/09/2021.

Além de ser um debate recente, ele ainda não apresenta uma solução sólida, ou algum direcionamento que é seguido por todos os juízes. Isso impacta não só na esfera jurídica, mas também na esfera econômica, pois como já demonstrado acima, a classificação do crédito garantido por alienação fiduciária de terceiro pode mudar totalmente o rumo de um processo recuperacional, alterando um possível quadro de credores e tornando imprevisível uma retomada financeira pela companhia.

Conclusão

Resta evidente que a situação econômica do Brasil não é das mais positivas e que empresas e empresários se veem cada vez mais em um cenário de crise financeira, e diante desse panorama fica claro que ferramenta jurídica denominada recuperação judicial é essencial para que sejam mantidas essas empresas, suas riquezas, suas gerações de empregos e principalmente sua função social.

Esse instituo disposto na legislação brasileira foi criado justamente para proteger as companhias e principalmente para manter a estrutura econômica ativa do país hígida, forte e segura.

E em meio a relevância desse processo de soerguimento e o aumento da demanda judicial em busca do deferimento da recuperação judicial, é que se faz necessário o debate com relação ao tema desse trabalho. A lacuna criada a respeito da classificação do crédito com garantia fiduciária de terceiro e a sua subordinação ou não ao processo de concurso de credores de uma recuperação judicial é uma questão que precisa ser sanada no judiciário brasileiro, pois gera uma insegurança jurídica que pode ser prejudicial para todas partes envolvidas: devedores, credores e o próprio sistema juridico brasileiro.

O recém julgamento do STJ que reafirmou a posição declarada em 2016, veio para tentar reduzir essa incerteza, mesmo que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça não seja algo vinculante e que obrigatoriamente deve ser seguido pelas instâncias inferiores. A ministra Nancy Andrighi foi contundente em seu voto ao explicar que a garantia fiduciária, independe do quem for o proprietário dela, é um crédito de caráter extraconcursal e deve ficar de fora da recuperação judicial, não se submetendo ao concurso de credores estabelecido em tal procedimento.

Além de tentar pacificar um tema que interfere no direito empresarial, ele ajuda a preservar o entendimento com relação a estrutura das do instituto da propriedade fiduciária e seus desdobramentos.

Caso fosse entendido que a garantia fiduciária, mesmo que de terceiro, se submetesse ao concurso de credores, abriria margem para decisões que impactassem o direito real e suas ramificações sobre a questao do direito fiduciário. Abrir precedentes que enfraqueçam a proteção desse tipo de garantia, iria gerar uma insegurança ainda maior o que afetaria, não só o sistema judiciário, mas como também o sistema financeiro nacional.

É de suma importância que a doutrina comece a abordar e estudar esse tema, pois hoje isso é debatido apenas em processos judiciais que já estão acontecendo, sem uma base doutrinária que delimita o assunto.

Como conclusão desse trabalho é possível verificar que a lacuna apresentada está sob a vigilância do judiciário, porém ainda é uma questão que precisa orientada visto a divergência apresentada pelo tribunal de São Paulo. O importante nessa análise é verificar como isso influencia na estrutura financeira das empresas brasileiras e seus impactos no cotidiano da população como um todo.

Por fim, visto que o processo de recuperação judicial é um recurso pelo qual, cada vez mais empresas recorrem, é de suma importância que o assunto da garantia fiduciária de terceiro e eu debate com relação a empresas recuperandas seja pauta dos órgãos reguladores do direito brasileiro e seja protegido por tais institutos, visando preservar um instrumento jurídico de extrema relevância.

Referências

ALVIM , Eduardo P. Arruda. Os efeitos da recuperação judicial perante o fiador e o avalista. Revista de Direito Recuperacional e Empresa, 2016

AMORIM, Wellington Ferreira. Aspectos Praticos da alienação fiduciária de imoveis – lei 9514/97. 1ª edição, 2020

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018

BRASIL. Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Dispõe sobre a lei de falência e recuperação judicial e extrajudicial.

CAMARGO, DANTZGER,.Afranio. C. Alienação Fiduciária de Bens Imóveis, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2010.Pg 83

CHALHUB, Melhim Namem. Negocio Fiduciario: Alienação fiduciária. Editora Renovar, 2009

CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária: Negocio Fiduciário. 5ª ed rev., atual, e ampl. São Paulo 2017

CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária - Negócio Fiduciário. Grupo GEN, 2021. 7ª ed – 2021

CHULHAM, Eduardo. Alienação Fiduciária De Bens Imoveis, 1ª ed São Paulo, 2019.

COELHO, Fabio Ulhoa. Comentarios a Lei de Falencia e Recuperação de Empresas. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016.

CRUZ GUEDES, Gisela Sampaio. BODIN DE MORAES, Maria Celina. VENCELAU MEIRELES, Rose Melo. Coordenadores. Direito das Garantias 1ª ed, Saraiva, São Paulo 2017.

NEGRÃO, Ricardo. A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa. São Paulo, Saraiva, 2010.

NEGRÃO, Ricardo. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS. São Paulo Editora Saraiva, 2019.

PINTO E SILVA, Fabio Rocha. Garantias imobiliárias em Contratos Empresariais: Hipoteca e Alienação Fiduciária. 1ª ed, 2014.

ROQUE, Sebastião José. Direito de Recuperação de empresas. São Paulo: Ícone, 2005.

SACRAMONE, MARCELO. COMENTÁRIOS À LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA. Editora Saraiva. São Paulo. 2021.

SALOMÃO, Luis Felipe – Recuperação Judicial, Extrajudicial, e Falência. – 5° ed – São Paulo: Forense, 2020.

SILVA, PACHECO, José. D. Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, 4ª edição. São Paulo. Grupo GEN, 2013.

ZAFFARI, E.; SOUTO, F.R.; BALDINOTI, B.; AL., E. Direito Falimentar: Recuperações Judicial e Extrajudicial. São Paulo. Grupo A, 2021.