

SUJEIÇÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 49 DA LEI 11.101/2005 À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA.

Subjection to business reorganization: an interpretation of article 49 of Law n. 11,101/2005 in the light to case law.

Revista de Direito Recuperacional e Empresa | vol. 10/2018 | Out - Dez / 2018
DTR\2018\22688

Amanda Lemos Dill

Graduada pela UFRGS. Advogada. amanda@gersonbranco.com.br

Área do Direito: Comercial/Empresarial

Resumo: Este artigo objetiva demonstrar o significado de sujeição à recuperação judicial, instituto disciplinado na Lei 11.101/2005. Será demonstrado que não existe credor imune aos efeitos econômicos e jurídicos decorrentes do processamento da recuperação. Para essa finalidade a análise da jurisprudência terá um papel central. Será exposto que apesar de o legislador ter tentado blindar a participação de alguns credores, conferindo-lhes uma suposta vantagem, a aplicação da lei pelos tribunais vai demonstrar que a reorganização empresarial envolve todos os entes que se relacionam com a empresa.

Palavras-chave: Recuperação judicial – Lei 11 - 101/2005 – Credores – Efeitos da recuperação judicial – Jurisprudência

Abstract: This paper aims to develop what the submission of the creditor to the business reorganization proceeding means, provided on Brazilian Bankruptcy Code, law n. 11.101/2005. It will be proved that all creditors are submitted to business reorganization. To understand the Brazilian reorganization system, it is necessary to analyze the case law, and also to attest that all creditors are submitted to reorganization proceeding. In this paper, the case law is central. It will be demonstrated that the business reorganization involves all creditors, despite the lawmaker's intention to remove some of them from it.

Keywords: Business reorganization – Law 11,101/2005 – Creditors – Effects of business reorganization – Case law

Sumário:

I Introdução - II O significado da sujeição segundo o critério temporal - III O significado de “não sujeição” à recuperação judicial para os credores com garantia - IV O significado de “não sujeição” dos credores não incluídos no plano e dos titulares de ACC. - V Conclusão - VI Bibliografia

I Introdução

Os credores sujeitos ao plano de recuperação judicial são os agentes responsáveis pela decisão mais importante no âmbito do processo de recuperação judicial: a que diz respeito à aprovação do plano e a consequente concessão da recuperação ao devedor.¹

Todavia, não são todos os credores que se submetem ao plano de recuperação judicial, isso porque a lei determinou a exclusão de alguns credores de importantes etapas do processo, principalmente pela disposição contida no art. 49 da Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646).

Tendo em vista a exclusão determinada pela lei, o questionamento central deste artigo é a possibilidade ou não de que algum credor fique isento de efeitos jurídicos decorrentes do processamento de uma Recuperação Judicial.

Não há suspense, pois não existe credor imune aos efeitos econômicos e jurídicos da recuperação judicial. Ainda que a lei tenha excluído determinados credores dos efeitos

do plano e do processo deliberatório, eles inevitavelmente estarão sujeitos aos efeitos da crise empresarial.

A concepção geral aceita pela doutrina de sujeição à recuperação judicial significa, em termos político e deliberatório, o poder ou direito de participar da assembleia de credores. Todavia, os credores que não participam do conclave também são atingidos pelo processamento da recuperação – seja pela sujeição ao período de suspensão das ações e obrigações, seja pela sujeição ao juízo da recuperação, ou pelas modificações do patrimônio da empresa sujeito a autoridade do Juízo da Recuperação Judicial.

Portanto, parece ser mais adequado referir-se a esses credores como “não sujeitos ao plano recuperatório”, pois não estão imunes aos efeitos da crise empresarial e não estão isentos de efeitos do processo de recuperação judicial. O crédito existente no tempo do pedido de recuperação, ainda que excluído do processo recuperacional, sofre os efeitos do deferimento de seu processamento, bem como os decorrentes de sua concessão.

Para demonstrar a inexistência de imunidade de efeitos, a análise da jurisprudência é essencial principalmente pelo fato de que a lei deu soluções que estão sendo moldadas à realidade da empresa em crise.²

A análise da jurisprudência foi baseada especialmente nas decisões do STJ, TJRS e TJSP, Tribunais que possuem decisões paradigmáticas a respeito do tema. A esse propósito, o trabalho não faz uma pesquisa quantitativa das decisões, mas qualitativa, tendo como critério de escolha das decisões aquelas consideradas pela doutrina como principais precedentes ou as que, pelo conjunto dos fatos descritos, melhor representam um determinado grupo de casos.

II O significado da sujeição segundo o critério temporal

A regra geral de sujeição de um credor aos efeitos da Recuperação Judicial está no art. 49 da Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646). Ainda que, em uma leitura rápida, pareça ser simples o critério estabelecido, há inúmeras dificuldades práticas decorrentes da incidência desse dispositivo, dada a complexidade de sua aplicação.

A primeira singularidade refere-se aos créditos reconhecidos em decisão transitada em julgado posterior ao pedido de recuperação judicial, mas decorrentes de fatos anteriores. Nesse sentido há diversas decisões, principalmente em relação a pedidos de habilitação de crédito trabalhista, cuja relação foi anterior ao pedido de recuperação, porém cujo título executivo judicial constituiu-se após o pedido recuperacional³.

A propósito da inclusão desses créditos, é possível identificar duas correntes de decisões no âmbito do TJRS.

A primeira corrente considera que o crédito que decorre de contrato de trabalho mantido entre as partes antes do ajuizamento da recuperação é sujeito a seus efeitos, podendo ser habilitado para a aprovação do plano, nada obstante tenha sido constituído após o início da recuperação judicial, em razão de acordo na justiça do trabalho ou decisão transitada em julgado⁴.

A segunda corrente, que exclui os créditos trabalhistas do âmbito da recuperação judicial, considera haver a consolidação e constituição desses créditos somente com o trânsito em julgado da decisão⁵. Um dos argumentos utilizados para essa exclusão seria um suposto benefício para o credor que poderia prosseguir com a sua execução paralelamente à recuperação judicial.⁶

A par dessas decisões, o STJ mantém o posicionamento de que as reclamatórias trabalhistas prosseguem paralelamente ao processo de recuperação judicial. Todavia, a competência para os atos constrictivos e direcionados à satisfação do crédito é de competência do juízo da recuperação.⁷

Já em relação aos créditos decorrentes de ilícito civil é exemplo de exclusão da recuperação judicial o Agravo de Instrumento 0300763-16.2009.8.26.0000, julgado pelo TJSP, no qual foi consignado que a constituição efetiva do crédito ocorreu com a formação do título executivo judicial e não com a do momento do fato danoso que deu ensejo à propositura da ação indenizatória⁸.

Contrárias a esse posicionamento, há decisões que reconhecem que os créditos devem estar sujeitos ao processo de recuperação se o fato é anterior ao pedido de recuperação, ainda que o título executivo judicial seja posterior.⁹ Esse foi o entendimento registrado na decisão do Agravo de Instrumento 0060505-11.2010.8.26.0000 no TJSP.

No âmbito doutrinário, o Professor Cássio Cavalli menciona que pouco importa eventual sentença condenatória posterior ao pedido se o fato gerador, constituinte, é anterior. Segundo esse posicionamento, a questão fulcral para determinar a sujeição é a natureza da decisão. Se é declaratória ou condenatória sujeitam-se à recuperação; se é constitutiva podem ou não se sujeitar à recuperação judicial, dependerá de sua eficácia, se ex tunc ou ex nunc.¹⁰

Em relação às demandas decorrentes de ilícito civil, o STJ adota posição semelhante, elegendo como marco temporal o do tempo do deferimento da recuperação judicial. Esse entendimento é consubstanciado no Enunciado 6 da Secretaria de Jurisprudência do STJ¹¹.

A escolha do marco temporal como o do tempo do deferimento da recuperação judicial não foi fundamentada nos acórdãos que basearam o referido Enunciado. De um lado, a decisão do AgRg na RCDESP na Medida Cautelar 17.669/SP, utiliza-se do parâmetro de o fato danoso ser anterior ao pedido de recuperação, enquanto, de outro, a decisão do AgRg no Agravo em Recurso Especial 153.820/SP, adota o tempo do deferimento do pleito recuperacional. Parece ser uma atecnicidade, visto que o art. 49 da Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646) estabelece como parâmetro o tempo do pedido de recuperação judicial.

No âmbito de demanda decorrente de ilícito civil, o STJ decidiu dessa forma porquanto a obrigação de indenizar surge com a configuração do evento danoso, consoante dispõe o art. 927 do Código Civil (LGL\2002\400).

Todos esses casos mencionados ilustram que o critério de sujeição à recuperação judicial, para que haja a sua habilitação, disposição no plano e exercício do direito de voto, depende da análise das peculiaridades do caso concreto pelo juiz.

Assim, ainda que a lei preceitue que estão sujeitos todos os créditos existentes na data do pedido de recuperação, é preciso concretizar o que significa essa existência. Se é a partir do fato gerador do crédito, como nos exemplos decorrentes de ilícito civil, ou se a partir do trânsito em julgado da decisão referente a esse crédito. O mesmo raciocínio deve ser adotado no tocante aos créditos trabalhistas.

A partir dos critérios de sujeição expostos pela lei e moldados pelas decisões dos tribunais, tem-se os credores que poderão julgar a viabilidade da empresa. Contudo, nem todos os credores possuem direito de voto na assembleia geral de credores, o que não significa que estão imunes ao processo de recuperação judicial ou às disposições contidas no plano aprovado pelos credores sujeitos ao processo deliberatório. Cumpre, portanto, refletir acerca dos chamados créditos excluídos da recuperação judicial.

III O significado de “não sujeição” à recuperação judicial para os credores com garantia

Determinar se o crédito é sujeito ou não à recuperação judicial influenciará a gama de efeitos que incidirá sobre ele. No entanto, a exclusão do crédito não significa imunidade de efeitos econômicos e jurídicos decorrentes da crise da empresa, pois a exclusão da recuperação é somente política (deliberatória).

No caso dos créditos excluídos da recuperação, como regra geral, prevalecem os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais¹². Essa é a hipótese dos (i) credores cujos créditos são garantidos por coobrigados, fiadores e obrigados de regresso, dos (ii) credores que possuem direito de propriedade, e dos (iii) credores titulares de garantia real pignoratícia constituída sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras e valores mobiliários.

I. Credores titulares de créditos garantidos por terceiros

Os credores que possuem seu crédito garantido por coobrigados, fiadores e obrigados de regresso conservam seus direitos e privilégios em face desses garantidores no âmbito da recuperação judicial, a teor do que preceitua o art. 49, § 1º, da Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646)¹³.

Essa disposição tem como consequência a continuidade das ações e das execuções movidas contra os coobrigados da empresa devedora paralelamente ao processo de recuperação. A justificativa dessa continuidade é que o fundamento para a suspensão das ações e execuções, que é possibilitar que a empresa devedora tenha fôlego para atingir objetivo da reorganização¹⁴, não está presente nessa hipótese.

O fôlego pretendido é manter o patrimônio da empresa livre de constrição judicial decorrente de processos individuais. Como no caso dos coobrigados, fiadores e obrigados de regresso, o patrimônio atingido pela execução não é o da empresa devedora, mas sim destes entes garantidores, é lógico que haja o prosseguimento das execuções para satisfação do crédito.¹⁵ Esse posicionamento é majoritário no STJ, tendo sido objeto da Súmula 581¹⁶.

Todavia, não é possível afirmar que o crédito garantido por terceiros não se sujeita aos efeitos jurídicos da recuperação judicial. Em regra, não há sujeição ao período de suspensão das ações e das execuções e ao crivo do juízo da recuperação na execução das garantias que estão no patrimônio dos coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. Porém, o garantidor sub-roga-se nos direitos creditórios em face da empresa devedora¹⁷.

Por conseguinte, o coobrigado que pagou o débito deve habilitar-se na recuperação judicial para receber o valor do credor originário, em conformidade com o plano de recuperação¹⁸.

Isso significa que, havendo a aprovação do plano e disposição sobre essas garantias, os fiadores, avalistas e coobrigados, ainda que obrigados pela totalidade da dívida perante o credor, somente podem reaver o valor constante no plano¹⁹. Nessa situação, o credor com garantia, que participa da aprovação do plano, beneficia-se por satisfazer seu crédito, assim como o devedor por haver a aprovação do plano. No entanto, o terceiro que paga o débito é apenas onerado, já que paga a dívida integral pela qual se comprometeu em garantia, mas por outro lado, não pode cobrar da empresa em recuperação o valor desembolsado, por ter havido a novação da obrigação anterior²⁰.

Conquanto a regra geral seja que o plano aprovado pela comunhão de credores não tenha o condão de modificar ou suprimir a posição creditícia do credor em relação aos coobrigados, o plano pode conter cláusula de renúncia do credor à garantia fidejussória. Nesse caso, há novação da obrigação, a qual deve o credor expressamente anuir, seja pela mera aprovação do plano, seja pela não manifestação de ressalva na votação.²¹

O STJ decidiu no julgamento do Recurso Especial 1.532.943 que, apesar da novação operada na recuperação judicial, preservam-se as garantias, mas que, em razão da disposição do art. 49, § 2º, é possível que o plano as regule de modo diverso. Havendo disposição em contrário no plano no tocante às garantias e a sua aprovação pela assembleia geral de credores, há novação e vinculação de todos os credores a essa disposição.²²

Nessa decisão, consignou-se, inclusive, que a supressão das garantias em razão de disposição no plano vincula aqueles credores que não estavam presentes no conclave, porquanto não é possível o tratamento diferenciado de credores da mesma classe.

Como regra geral, verifica-se que conquanto o credor mantenha seus direitos de garantia intactos, seu crédito pode ser objeto do plano, afetando diretamente os garantidores da obrigação. Esses, porém, não possuem poder de voto, ficando à margem de qualquer poder de influenciar ou deliberar o soerguimento empresarial. Nesse sentido, diz-se que o credor garantido que comparece na assembleia não se interessa na votação do plano, e quem se interessa, o garantidor, não tem direito de voto e não pode comparecer.

Os terceiros garantidores ainda que não possam se vincular a relações jurídicas novas sem que haja sua manifestação de vontade, no âmbito da recuperação judicial subordinam-se compulsoriamente ao plano, independentemente da sua concordância.²³

Assim, os garantidores sem participar da assembleia geral de credores têm o seu crédito alterado na esfera recuperatória. Isto é, os garantidores tornam-se credores sem nenhum poder deliberatório no âmbito da recuperação judicial, mas que fatalmente sofrerão seus efeitos, principalmente os decorrentes da aprovação do plano que afetarão o pagamento de seu crédito.

II. Credores que possuem direito de propriedade

O art. 49, § 3º, disciplina os direitos dos credores titulares de direito real em garantia²⁴ e demais situações em que o credor é proprietário de determinado bem em posse da empresa devedora. Esse dispositivo, também, contempla a peculiaridade dos contratos em que haja cláusula de irretratabilidade ou irrevogabilidade. Nesses contratos, estipula-se que nenhuma das partes possa unilateralmente resilir o negócio.

A norma contida no art. 49, § 3º é objeto de diversos questionamentos doutrinários e jurisprudenciais no tocante à alienação e cessão fiduciária, bem como há controvérsia quanto à necessidade de registro para a constituição do instituto da cessão fiduciária.

Da leitura do preceito contido no art. 49, § 3º, identifica-se que a lei excluiu dos efeitos da recuperação judicial "credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis", não havendo menção à cessão fiduciária. Diante dessa omissão legislativa, formaram-se duas correntes: uma predominante, adotada pelo STJ, e, outra, minoritária²⁵.

O entendimento majoritário considera cessão fiduciária de créditos espécie de alienação fiduciária de bens móveis²⁶. Por conseguinte, é à semelhança da alienação fiduciária excluído do plano de recuperação judicial.²⁷

O STJ consolidou no REsp 1.412.529/SP o entendimento predominante de que o art. 49, § 3º, ao dispor acerca do proprietário fiduciário, ainda que não se refira expressamente à situação jurídica do credor titular de crédito cedido fiduciariamente em garantia, o alcança²⁸.

O fundamento adotado é que, tanto na alienação quanto na cessão fiduciária, há transferência em garantia da titularidade resolúvel de um bem. A distinção é que na alienação fiduciária o bem objeto de transferência é corpóreo, ao passo que na cessão o bem é incorpóreo, conquanto materializado em documento ou título de crédito.

Na visão da corrente majoritária da doutrina e da jurisprudência predominante do STJ, não há justificativa para o tratamento diferenciado desses credores em razão de ser o mesmo negócio jurídico, distinguindo-se apenas quanto à materialidade do objeto dado em garantia.

Por outro lado, há uma corrente minoritária que distingue alienação fiduciária de cessão

fiduciária. Entendem que o art. 49, § 3º, da Lei 11.101 refere-se tão somente ao caso do proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis, não estando incluído nesse dispositivo o cessionário de créditos.²⁹

Parece ser esse o entendimento do professor Manoel Justino Bezerra Filho ao afirmar que os valores, decorrentes da cessão de crédito, essenciais à recuperação poderiam ser liberados parte em favor da empresa recuperanda³⁰. Essa matéria foi objeto de sua palestra no 7º Congresso de Direito Comercial, na qual o professor demonstrou a sujeição à recuperação judicial da cessão de crédito em razão de três interpretações: gramatical, histórica e financeira.³¹

No que concerne à alienação e cessão fiduciária, há outra discussão, a referente ao registro da garantia.

Como regra geral, para o crédito garantido por alienação fiduciária não se sujeitar à recuperação judicial é impositivo que o credor demonstre efetivamente a existência da garantia³². Por conta disso, diversos tribunais exigem o registro do contrato de alienação fiduciária, nos termos do art. 1.361, § 1º, do Código Civil (LGL\2002\400)³³.

Igual entendimento era adotado para as hipóteses de cessão fiduciária. Até o ano de 2015 era praticamente pacífico o entendimento nos tribunais do registro como ato constitutivo da garantia, tanto na alienação fiduciária quanto na cessão.

Em 2015, o STJ consignou que não há exigência do registro para a constituição da propriedade fiduciária, oriunda da cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito. Assentou-se que a constituição da garantia se dá desde a contratação, sendo plenamente válida e eficaz; o registro é relevante apenas para produzir efeitos perante terceiros.³⁴

Conquanto o STJ tenha decidido nesse sentido em 2015, fato é que no TJRS permanece a exigência do registro para a constituição da garantia decorrente de cessão fiduciária e exclusão do plano da recuperação judicial³⁵. O Agravo de Instrumento 70072054463 exemplifica esse posicionamento. Nessa decisão o fundamento para a exigência do registro está nos artigos 1.361, § 1º, do Código Civil (LGL\2002\400), e 42, da Lei 10.931/2004 (LGL\2004\2730), ignorando por completo a decisão do STJ.

A existência de duas correntes doutrinárias e jurisprudencial quanto à diferença de conceituação, classificação da alienação fiduciária, cessão fiduciária e as consequências de cada entendimento em relação à recuperação judicial demonstra, novamente, a dificuldade de interpretação e aplicação da lei para excluir determinados créditos do plano e do momento político da recuperação. Essa dificuldade também é vislumbrada na hipótese de se exigir ou não o registro para considerar a garantia constituída e eficaz perante terceiros.

A par das dificuldades expostas, a exclusão prevista no dispositivo em comento significa que não pode o credor proprietário ou fiduciário participar e votar em assembleia geral de credores, em razão da regra do art. 39, § 1º, da Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646).³⁶

Porém, diversos efeitos decorrentes do processamento da recuperação judicial incidem sobre esses créditos. O mais evidente desses efeitos é que a decisão concernente à retirada dos bens pelos credores proprietários compete ao juízo da recuperação judicial.³⁷

Merece destaque nesse sentido a decisão do Conflito de Competência 146.631 de relatoria da Min. Nancy Andrichi³⁸. Nesse julgamento a relatora assentou que a apesar do credor titular da posição de proprietário fiduciário não se submeter aos efeitos da recuperação judicial, o juízo universal é competente para avaliar se o bem é indispensável à atividade produtiva da recuperanda, citando diversos precedentes da 2ª Seção do STJ. Nota-se que a Ministra usa a expressão "juízo universal", fornecendo um

indicativo da existência de um juízo uno não apenas na falência, mas também na recuperação judicial, apesar da inexistência de disposição na Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646)³⁹.

Os efeitos decorrentes do stay period, isto é, da suspensão das ações e execuções, também são irradiados a esses credores quando seu direito de propriedade recai sobre bens de capital essenciais à atividade da empresa devedora. Tal efeito consta, inclusive, na parte final da disposição em comento.

No tocante à remoção de bens do estabelecimento do devedor, o fundamento é manter as operações, almejando garantir a geração de caixa, preservar empregos, oferecer produtos, bens ou serviços à sociedade. Por conta dessa função precípua, há decisões no sentido de que mesmo tendo escoado o período do stay, não é possível prosseguir com as ações de busca e apreensão sem o crivo do juízo da recuperação.⁴⁰

Não é possível considerar, por conseguinte, que esses credores estão imunes aos efeitos da recuperação judicial, não sendo propriamente técnico considerar que eles não se sujeitam à recuperação. As dificuldades práticas concernentes à crise empresarial, bem como a necessidade de sopesar outros valores abarcados pela Lei que não apenas o pagamento dos créditos garantidos, fez com que os juízes em suas decisões irradiassem efeitos aos créditos que não se sujeitam ao plano. Então, a não sujeição é tão somente quanto ao plano e aos direitos políticos do conclave para a sua aprovação.

III. Credores titulares de garantia real pignoratícia

O art. 49, § 5º, da Lei 11.101 refere-se ao tratamento destinado à garantia real pignoratícia constituída sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras e valores mobiliários. Em tais casos as garantias podem ser substituídas ou renovadas, podendo ou não estarem sujeitas ao plano a recuperação⁴¹.

Manoel Justino Bezerra Filho, a partir de um exemplo, esclarece a não sujeição à recuperação judicial, o qual merece ser citado:

Um exemplo demonstra a extensão exata desse artigo. Se o devedor tem um débito com o banco e entregou a esse banco notas promissórias de terceiro, este terceiro, não sujeito a qualquer efeito da recuperação, deverá fazer normalmente o pagamento quando do vencimento. Em uma situação normal, o banco abateria o valor recebido da dívida e ficaria com o dinheiro. Este parágrafo prevê que aquela garantia pode ser substituída, e, portanto, o dinheiro recebido viria diretamente para a empresa em recuperação.⁴²

Segundo afirma Gustavo Tepedino, a compatibilização entre a recuperação judicial e o interesse dos credores mostra-se clara na disposição do artigo em comento, porquanto o legislador pretendeu deixar fora de dúvida o amplo espectro das garantias pignoratícias⁴³.

A fim de harmonizar os interesses do credor e da empresa devedora na recuperação judicial, há a faculdade de renovação ou substituição das garantias durante a recuperação, mantendo na conta vinculada os valores recebidos em pagamento das garantias, enquanto não houver a sua renovação ou substituição.⁴⁴ A renovação ou substituição das garantias será conforme as próprias conveniências da empresa devedora, sem justificativa causal⁴⁵⁻⁴⁶.

Segundo esse entendimento, a garantia pignoratícia pode ser renovada ou substituída judicialmente sem que incida a regra do art. 50, § 1º, que exige a aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

Contudo, há quem entenda pela necessidade dessa aprovação pelo credor⁴⁷. Nesse sentido há a súmula 61 do TJSP, cujo enunciado é: "Na recuperação judicial, a supressão da garantia ou sua substituição somente será admitida mediante aprovação expressa do

titular.⁴⁸

Manoel Justino Bezerra Filho⁴⁹ considera improvável a anuência do credor para a substituição da garantia. Diante dessa circunstância é preciso refletir se a vontade do credor não poderia ser substituída por decisão do juiz da recuperação. Isso porque, de um lado, os valores da garantia liquidada podem ser essenciais para a recuperação da empresa e a manutenção da atividade econômica; e, de outro, a substituição da garantia poderá não trazer prejuízos ao credor. Assim, a partir da análise do caso concreto, o juiz decidiria pela substituição da garantia, independentemente da anuência do credor garantido.

O STJ entendeu que a substituição do penhor agrícola sobre colheita pendente para as safras posteriores é possível sem o consentimento do credor titular da garantia, desde que a medida seja aprovada na assembleia de credores. Exarou-se que impedir a empresa em recuperação de transformar suas colheitas em produto que será objeto de renda para o pagamento das obrigações contidas no plano, malograria o objetivo principal da recuperação.⁵⁰

À semelhança desse julgamento do STJ, em setembro de 2016, o TJSP⁵¹ decidiu pela possibilidade de substituição da garantia consistente em penhor de safras futuras independentemente da vontade do credor. Nesse caso havia a particularidade de não haver plano de recuperação aprovado. Porém, foi realizada uma interpretação extensiva do precedente, possibilitando a substituição. O fundamento utilizado foi que o diferimento da garantia não comprometeria a execução do contrato com o credor e possibilitaria a manutenção das atividades da devedora.

Esses exemplos concretizam o que já foi mencionado: a complexidade da crise da empresa muitas vezes impossibilita a aplicação da lei conforme sua interpretação literal e segundo a vontade do legislador. Majoritariamente a solução depende das particularidades do caso concreto e da ponderação pelo juiz dos princípios e valores previstos na Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646).

Segundo leciona Gustavo Tepedino, é incontroverso que o legislador definiu no art. 49, § 5º a síntese finalística da Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646), a qual é direcionar a preservar os privilégios dos credores, sem, todavia, excluí-los, da recuperação judicial. Restringindo-se a oferecer ao devedor a possibilidade de substituir as garantias ou renová-las.⁵²

A manutenção de valores recebidos em conta vinculada em instituição financeira caracteriza uma modalidade de trava bancária. O credor trava o risco da operação de crédito por meio do recebimento direto de créditos que a empresa recuperanda tem perante terceiros, cujos títulos representativos foram entregues em penhor em favor da instituição financeira.⁵³

O valor das garantias pagas tem como função solver a obrigação garantida, caso esta não seja cumprida. Entretanto, como antes da concessão da recuperação ainda está a pender a determinação acerca do quantum da obrigação garantida, o valor da garantia liquidada deverá ficar depositado na conta vinculada até que haja a concessão da recuperação judicial ou se escoe o período do stay.⁵⁴

Se o plano de recuperação nada dispuser acerca da obrigação garantida, o valor da quantia liquidada poderá ser levantado pelo credor da garantia. Por outro lado, se houver disposição no plano, impondo abatimentos sobre o seu valor, somente poderá ser levantado o valor constante no plano, sendo que o saldo poderá ser levantado pela empresa devedora.⁵⁵

Quando houver disposição no plano, é proibida a conversão do credor pignoratício em quirografário, por imposição da isonomia entre os credores da mesma classe e da ratio do sistema de recuperação judicial, a qual é fundada na função social da empresa devedora e do sistema de crédito.⁵⁶

Percebe-se que o tratamento destinado aos credores que se enquadram nessa hipótese do art. 49 sujeita-se aos efeitos da recuperação judicial. Essa sujeição está condicionada a um regime especial durante o período de 180 dias, contados da decisão que defere o processamento da recuperação judicial⁵⁷.

Esse crédito sujeita-se, também, ao crivo do juízo da recuperação judicial, que tem competência para adentrar no exame do contrato celebrado entre a empresa em recuperação e o credor, podendo decidir sobre a natureza, a classificação e a importância do crédito.⁵⁸

No julgamento do Agravo de Instrumento 0007520-31.2011.8.26.0000 no TJSP,⁵⁹ registrou-se haver a submissão desses credores à recuperação judicial, diferentemente da disposição do art. 49, § 3º. Considerou-se apenas existir a particularidade de um regime especial durante o período do stay, fato que não autoriza após esse período o credor pagar sem manifestação judicial. Esse auto pagamento seria uma flagrante violação ao princípio da igualdade entre os credores e uma inversão dos critérios de preferências eleitos pelo legislador.

Mais uma vez, nota-se que não há crédito imune aos efeitos do pleito recuperatório. Se não houver disposição no plano de recuperação, o credor com garantia pignoratícia não pode votar na assembleia geral de credores, não havendo novação desse crédito. Mas os efeitos decorrentes do pedido de recuperação são sentidos por esses credores, uma vez que se sujeitam ao stay e ao crivo do juízo da recuperação.

Se, por outro lado, houver disposição no plano quanto a esses credores, eles possuirão direito de voto na assembleia. Mas a substituição da garantia pode não depender da aprovação do titular se essa alteração constar no plano e for aprovada pelos credores em assembleia, conforme a decisão do STJ mencionada.

IV O significado de "não sujeição" dos credores não incluídos no plano e dos titulares de ACC.

Nos termos do art. 49, § 2º, da Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646) as obrigações assumidas pela empresa devedora que não foram incluídas no plano de recuperação judicial por ato de vontade da recuperanda são excluídas da recuperação judicial. O fundamento dessa disposição é a manutenção dos pactos anteriores ao pedido de recuperação judicial, podendo haver alteração das condições originais se existir previsão no plano ou acordo diverso entre as partes.

Conforme entendimento do professor Jorge Lobo, por força desse dispositivo, os contratos bilaterais não são afetados pela recuperação, as obrigações pecuniárias da empresa devedora não vencem com o ajuizamento, nem com o deferimento do processamento da recuperação judicial e os juros compensatórios continuam a correr na forma contratada.⁶⁰

A exclusão desses créditos é na seara deliberatória, isto é, o credor não possui poder de voto na assembleia geral de credores. Na visão da professora Rachel Sztajn a exclusão do art. 49, § 2º, é questão de estratégia negocial, já que interessa tanto aos credores quanto ao devedor o embate entre eventuais interesses opostos que terão na continuidade das operações o eixo comum.⁶¹

A exclusão de determinados créditos faz parte da negociação do plano e do ambiente de pressão que é a recuperação judicial. Diversas vezes é necessário retirar um credor estratégico do plano a fim de aprovar as suas disposições e possibilitar a recuperação da empresa em crise.

Ilustra essa situação a recuperação judicial de um grupo empresarial de fato, formado por construtoras que atuavam principalmente em empreendimentos do Programa Minha Casa Minha Vida⁶². Nesse caso, forte no art. 49, § 2º, da Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646), houve a exclusão dos créditos do Banco do Brasil do plano de

recuperação judicial da empresa Residencial Locatelli.

Essa exclusão concretizou-se após longas negociações que culminou no acordo entre a recuperanda e o credor Banco do Brasil pela exclusão de seus créditos. A exclusão teve como justificativa, constante na ata da assembleia geral de credores, ser o Banco do Brasil a única instituição financeira credora a ter papel decisivo no financiamento do empreendimento Minha Casa Minha Vida e, por conseguinte, na principal atividade da empresa em recuperação.

Nesse caso, o Banco do Brasil tinha um papel central na liberação de recursos para a conclusão das obras e concessão das condições de viabilização da empresa. Era necessária a exclusão desse credor para possibilitar a conclusão dos empreendimentos e para salvaguardar o interesse dos mutuários adquirentes de 352 unidades residenciais, mediante o cancelamento da hipoteca gravada em desfavor da recuperanda⁶³.

Em outra empresa do mesmo grupo, as negociações prolongaram-se ao longo de meses a fim de excluir da recuperação judicial o Itaú Unibanco e a Caixa Econômica Federal, representantes de 61,10% dos créditos quirografários. O acordo celebrado com a Caixa Econômica previu o reconhecimento da extraconcursalidade de parte dos créditos, pois garantidos por alienação fiduciária, e o pagamento mais benéfico que o constante originariamente no plano. Paralelamente, o acordo celebrado com o credor Itaú proporcionou um deságio de 78% do valor do crédito que foi quitado à vista por devedor solidário.

Em ambos os casos a exclusão dos credores teve um papel fundamental para poder aprovar o plano, bem como para negociar a forma de pagamento dos créditos.

Observa-se que os credores excluídos são instituições financeiras, sendo esse caso em diversas recuperações. Trata-se de credores com alto poder de barganha, no qual a exclusão e a determinação de medidas especiais para o pagamento são centrais para a aprovação do plano e para possibilitar a manutenção da atividade econômica.

O art. 49, § 2º, da Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646) forneceu à empresa em recuperação e aos credores um forte mecanismo de negociação entre as partes, possibilitando diferentes formas de pagamento e execução. Arrisca-se a dizer que esse parágrafo propicia à devedora uma válvula de escape do sistema estrito das classes previstas no art. 41 da Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646).

Essa exclusão da recuperação refere-se somente à ausência de disposição no plano, podendo a execução desse crédito correr em paralelo ao pagamento dos créditos incluídos. Todavia, não há imunidade de efeitos em relação à crise da empresa e ao processamento da recuperação judicial.

Esses credores são atingidos pelo processo recuperatório, uma vez que há suspensão das ações e execuções, habilitação e verificação dos créditos e, inclusive, participação na assembleia para abster-se de votar. Mas o efeito do pedido de recuperação judicial mais ostensivo nesse caso é a forte negociação que se perpetra com esses credores, e a existência de um ambiente de pressão durante a fase de negociação e aprovação do plano.

O § 4º do art. 49 da Lei 11.101 estabelece de forma clara a exclusão dos efeitos da recuperação judicial

da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965 (LGL\1965\12), desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente.

O ACC consiste em um adiantamento de recursos financeiros ao exportador para

pagamento da exportação realizada, a qual depende da celebração de um contrato de câmbio para conversão da moeda estrangeira em moeda nacional. Portanto, o banco adianta os valores para a empresa, que vende à instituição financeira a moeda estrangeira que receberá de terceiro e que deverá ser convertida em reais.⁶⁴

Em outras palavras, consiste na antecipação total ou parcial dos valores por conta do contrato de câmbio.⁶⁵ O contrato de câmbio tem natureza jurídica de contrato de compra e venda, cujo objeto é a moeda estrangeira, que deverá ser obrigatoriamente adquirida por estabelecimento bancário autorizado a operar o câmbio. A contratação do câmbio pode ocorrer prévia ou posteriormente ao embarque da mercadoria remetida ao exportador, conforme a necessidade ou o interesse do exportador de obter, em reais, os valores relativos à transação.

Assim, a formalização do ACC caracteriza essa opção ao exportador de obter imediatamente o preço da operação, garantindo a entrega das divisas decorrentes da remessa financeira pelo importador estrangeiro em pagamento ao contrato de compra e venda mercantil internacional. Trata-se de pacto adjeto ao contrato de câmbio, negócio bilateral e consensual, que independe da entrega dos documentos de exportação para o seu aperfeiçoamento.⁶⁶

O crédito decorrente desse adiantamento, incluídos os encargos contratuais, não se sujeita ao plano de recuperação judicial. Conquanto haja consenso nesse ponto, identificam-se duas correntes doutrinárias no que diz respeito a possibilidade de restituição desses valores.

Segundo o posicionamento de Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli, acompanhado de Fábio Ulhoa Coelho⁶⁷, em razão da não sujeição ao plano recuperatório, esses créditos podem ser restituídos em dinheiro. Essa restituição não é postulada perante o juízo da recuperação judicial, ante a inexistência de disposição nesse sentido⁶⁸, isto é, segundo esse posicionamento, não há atração pelo juízo da recuperação.

Por outro lado, o professor Manoel Justino Bezerra Filho entende que somente é possível a restituição do crédito decorrente de adiantamento de contrato de câmbio na hipótese da falência. O crédito não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial, podendo haver o prosseguimento da ação de execução, com as limitações do caput do art. 6º. No entanto, não pode o credor requerer o decreto falimentar, pois na falência poderá pedir a restituição na forma do art. 86, II.⁶⁹

Em posicionamento diverso, entendem os professores João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea que é possível a restituição dos valores na recuperação judicial, à semelhança do primeiro posicionamento doutrinário. No entanto, compreendem que, por analogia à regra que assegura a manutenção dos bens de capital no stay, é possível suspender a restituição do crédito decorrente de ACC, caso se possa aferir a indispensabilidade desses recursos para gerir a empresa.⁷⁰

O STJ, no Recurso Especial 1.440.783⁷¹, consignou que a execução deve prosseguir perante o juízo da recuperação, pois a este compete a análise do pedido de restituição formulado pela instituição financeira. Ou seja, o entendimento da Corte é que é possível a restituição dos valores decorrentes de contrato de adiantamento de câmbio, contudo, o juízo competente é o da recuperação judicial.

Quanto à possibilidade de suspensão da execução durante o stay, não há posicionamento do STJ, o que propicia a existência de decisões conflitantes no âmbito dos tribunais estaduais.

No TJSP, por exemplo, há recente decisão, de maio de 2017 (publicação em 12.05.2017), no sentido de possibilitar o prosseguimento da execução, inclusive durante o stay, podendo haver o bloqueio de valores pelo juízo da execução.⁷² Todavia, em janeiro daquele mesmo ano (publicação em 10.01.2017), entendeu-se pela suspensão

da execução durante o stay.⁷³

Novamente, percebe-se que, não obstante, seja possível o prosseguimento da execução paralelamente ao plano, isto é, não haja sujeição ao plano recuperatório, não se pode afirmar que tais créditos estão imunes a todo o processo recuperacional. O próprio pagamento e prosseguimento da execução dependerá de decisão imprevisível do poder judiciário.

V Conclusão

Nada obstante o grande avanço obtido com a Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646) e com o instituto da recuperação judicial, fato é que a intenção do legislador, no momento de elaboração da lei, que culminou com sua redação final, teve que ser moldada pelos tribunais. Após mais de 10 anos de vigência, nota-se que as normas que regulam a recuperação judicial não são propriamente as constantes no texto da lei, mas as decorrentes da aplicação e da mentalidade de seus aplicadores.

Por consequência, conclui-se que a expressão utilizada para a almejada exclusão dos créditos do âmbito da recuperação judicial é equivocada. Todos os créditos sujeitam-se, de uma forma ou de outra, à recuperação judicial; nenhum crédito é inatingível aos seus efeitos.

Nessa perspectiva, verificou-se que os coobrigados em geral pagam os débitos da empresa devedora ao credor titular da garantia, porém estão obrigados a receber conforme a disposição no plano de recuperação, não possuindo qualquer poder de sugerir alterações ou participar ativamente das deliberações. O coobrigado fica à margem de qualquer decisão da assembleia, mas submetido a ela em todos os seus efeitos.

Em relação aos credores proprietários, percebeu-se que o pedido de recuperação judicial faz com que sua garantia consistente na propriedade do bem não seja tão forte quanto o desejado. Em diversas situações a manutenção da atividade econômica prepondera em relação ao direito de propriedade do credor. Em função disso há o posicionamento doutrinário e jurisprudencial considerando a sujeição à recuperação judicial dos créditos decorrentes de cessão fiduciária.

No mesmo sentido, o art. 47 da Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646) serviu de baliza interpretativa para relativizar a exigência de anuência do credor garantido por crédito real para a substituição da garantia. Por conseguinte, o juiz da recuperação acaba por suprir a vontade do credor, determinando a substituição.

Os efeitos da recuperação também são sentidos pelos credores que não são objeto de disposição no plano em razão de acordo com a empresa devedora. Esses credores sujeitam-se ao período de suspensão das ações e obrigações e à decisão do juízo da recuperação judicial. Esse que é o responsável, também, pelas decisões concernentes aos contratos de adiantamento de câmbio, principalmente, quanto à possibilidade de restituição dos valores do crédito. Observa-se que a competência do juízo da recuperação é tão ampla, que talvez possa ser chamado de juízo universal à semelhança da falência.

VI Bibliografia

ANDREY, Marcos. Comentários aos artigos 48 e 49. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. Comentários à nova Lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARRUDA ALVIM, Eduardo P.; ARRUDA ALVIM, Angélica Muniz de; FERREIRA, Eduardo Aranha Alves. Os efeitos da recuperação judicial perante o fiador e o avalista. Revista de Direito Recuperacional e Empresa, São Paulo, v. 1, jul.-set. 2016.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação

judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101, comentada artigo por artigo. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646): comentada artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Falência e recuperação. Congresso de Direito Comercial, 7, 2017, São Paulo. Anais eletrônicos. Disponível em: [www.congressodireitocomercial.org.br/site/falencia-e-recuperacao-judicial-23]. Acesso em: 29.09.2017.

CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de recuperação e falência. São Paulo: Malheiros, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova Lei de falências e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LOBO, Jorge. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MANGE, Luiz Roberto de Macedo; VIEIRA FILHO, Walter. Créditos com garantia real: penhor. Revista do Advogado AASP, São Paulo, v. 29, n. 105, p. 168-173, 2009.

PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. Novação Recuperacional. Revista do Advogado AASP, São Paulo, v. 29, n. 105, p. 115-128, 2009.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação extrajudicial de empresa. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática. Coimbra: Almedina, 2016.

SILVA, José Anchieta da. O plano de recuperação judicial para além dele (o plano além do plano). In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFIIOLETTI, Emanuelle Urbano (Org.). Dez Anos da Lei n. 11.101/2005 (LGL\2005\2646): estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015.

SZTAJN, Rachel. Comentários ao art. 49 da Lei 11.101. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646): artigo por artigo. São Paulo: Ed. RT, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Caução de créditos no direito brasileiro: possibilidades do penhor sobre direitos creditórios. Soluções práticas, São Paulo, v. 1, p. 445-464, nov. 2011.

1 CEREZETTI, Sheila C. Neder. A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de recuperação e falência. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 221.

2 A respeito da importância da jurisprudência na Lei de Recuperações e Falência, ver

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação extrajudicial de empresa. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 35.

3 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70072543598, 5ª Câmara Cível, rel. Isabel Dias Almeida, j. 26.04.2017. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70069177889, 6ª Câmara Cível, rel. Elisa Carpim Corrêa, j. 07.04.2017.

4 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70072055064, 6ª Câmara Cível, rel. Elisa Carpim Corrêa, j. 30.03.2017. No mesmo sentido Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

5 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70071980395, 6ª Câmara Cível, rel. Ney Wiedemann Neto, j. 30.03.2017. No mesmo sentido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70072604002, 5ª Câmara Cível, rel. Isabel Dias Almeida, j. 26.04.2017.

6 Exemplificativamente ver: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70069173227, 6ª Câmara Cível, rel. Elisa Carpim Corrêa, j. 07.04.2017.

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, CC 145.027/SC, 2ª Seção, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 24.08.2016, DJe 31.08.2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, CC 129.720/SP, 2ª Seção, rel. Min. Luis Felipe Salomão, rel. p/ Acórdão Min. Marco Buzzi, j. 14.10.2015, DJe 20.11.2015.

8 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 0300763-16.2009.8.26.0000 (7007164600), 7ª Câmara de Direito Privado, rel. Gilberto de Souza Moreira, j. 28.04.2010, data de registro 14.05.2010.

9 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 0060505-11.2010.8.26.0000 (990100605054), rel. Lino Machado, j. 29.03.2011, data de registro 06.04.2011.

10 AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 39.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Secretaria de Jurisprudência. Enunciado 6 do STJ. Jurisprudência em Teses, Brasília, v. 2, n. 37, 2015. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jt/]. Acesso em: 08.12.2017. (Elaborado com base nos seguintes precedentes: AgRg no AREsp 153.820/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª T., j. 10.09.2013, DJe 16.09.2013; AgRg na RCDESP na MC 17.669/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T., j. 16.06.2011, DJe 27.06.2011.)

12 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova Lei de falências e recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 141.

13 BRASIL. Lei 11.101/2005, Art. 49, § 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

14 COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017p. 79.

15 Nesse sentido ver ARRUDA ALVIM, Eduardo P.; ARRUDA ALVIM, Angélica Muniz de; FERREIRA, Eduardo Aranha Alves. Os efeitos da recuperação judicial perante o fiador e o avalista. Revista de Direito Recuperacional e Empresa, São Paulo, v. 1, jul.-set. 2016. p. 13. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101, comentada artigo por artigo. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2013, p. 144. Em sentido contrário, SZTAJN, Rachel. Comentários ao art. 49 da Lei 11.101. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: artigo por artigo. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 229.

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 581. 2ª Seção. DJ 14.09.2016.

17 Sobre o assunto ver AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 64.

18 Sobre o assunto ver Ibidem, p. 65.

19 ARRUDA ALVIM, Eduardo P.; ALVIM, Angélica Muniz de Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha Alves. Os efeitos da recuperação judicial perante o fiador e o avalista. Revista de Direito Recuperacional e Empresa, São Paulo, v. 1, jul.-set. 2016. p. 13.

20 "Ou seja, nesse cenário o terceiro coobrigado, que não participa da aprovação do plano de recuperação judicial, é onerado pela recuperação, ao passo que aqueles que participam da formulação do novo negócio jurídico aproveitam-se, ainda que não integralmente, disso" (ARRUDA ALVIM, Eduardo P.; ALVIM, Angélica Muniz de Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha Alves. Os efeitos da recuperação judicial perante o fiador e o avalista. Revista de Direito Recuperacional e Empresa, São Paulo, v. 1, jul.-set. 2016. p. 16).

21 PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. Novação Recuperacional. Revista do Advogado AASP, São Paulo, v. 29, n. 105, p. 115-128, 2009.

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.532.943/MT, 3ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 13.09.2016, DJe 10.10.2016.

23 ARRUDA ALVIM, Eduardo P.; ALVIM, Angélica Muniz de Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha Alves. Os efeitos da recuperação judicial perante o fiador e o avalista. Revista de Direito Recuperacional e Empresa, São Paulo, v. 1, jul.-set. 2016. p. 14.

24 "A seu turno, nos direitos reais em garantia, o cumprimento da obrigação é garantido pela transferência do bem onerado à propriedade do credor. O sujeito ativo da obrigação garantida passa a titular a propriedade resolúvel do bem" (COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 191).

25 Sobre a existências dessas duas correntes ver, LOBO Jorge. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 184.

26 AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 74; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática. Coimbra: Almedina, 2016. p. 246.

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.202.918/SP, 3ª T. rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 07.03.2013, DJe 10.04.2013. No mesmo sentido: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no CC 124.489/MG, 2ª Seção, rel. Min. Raul Araújo, j. 09.10.2013, DJe 21.11.2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.412.529/SP, 3ª T., rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17.12.2015, DJe 02.03.2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgInt no AREsp 854.803/SP, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07.02.2017, DJe 15.02.2017.

28 Esse posicionamento foi reiterado e aprofundado no voto do Min. Paulo de Tarso

Sanseverino no BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.412.529/SP, 3ª T., rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17.12.2015, DJe 02.03.2016 (decidindo que: "Encontra-se sedimentada no âmbito das Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de créditos (caso dos autos), justamente por possuírem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005").

29 Sobre esse posicionamento minoritário na jurisprudência ver AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 74, nota de rodapé 113, na qual foi colacionado os seguintes julgados: TJMT, AI 43.635/2008, 3ª Câmara Cível, j. 18.08.2008, rel. Des. Guiomar Teodoro Borges; TJRJ, AI no AI 0053629-35.2010.8.19.0000, 9ª Câmara Cível, j. 01.03.2011, rel. Des. Carlos Santos de Oliveira; TRES, AI 30.090.000.180, 1ª Câmara Cível, j. 11.05.2010, rel. Des. Fábio Clen de Oliveira; TJES, AI 030089000142, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Jorge Goes Coutinho.

30 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 165.

31 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Falência e recuperação. Congresso de Direito Comercial, 7, 2017, São Paulo. Anais eletrônicos. Disponível em: [www.congressodireitocomercial.org.br/site/falencia-e-recuperacao-judicial-23]. Acesso em: 29.09.2017.

32 AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 71.

33 Assim ver: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70071852586, 5ª Câmara Cível, rel. Jorge André Pereira Gailhard, j. 29.03.2017; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70073139859, 5ª Câmara Cível, rel. Léo Romi Pilau Júnior, j. 31.05.2017; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Súmula 60. A propriedade fiduciária constitui-se com o registro do instrumento no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor.

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.412.529/SP, 3ª T., rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17.12.2015, DJe 02.03.2016. Informativo de jurisprudência 578, de 3 a 16 de março de 2016.

35 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70072054463, 5ª Câmara Cível, rel. Jorge André Pereira Gailhard, j. 26.04.2017; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70071320832, 6ª Câmara Cível, rel. Ney Wiedemann Neto, j. 30.03.2017.

36 AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 75. Ainda que a regra seja a não participação na assembleia, esses autores destacam a possibilidade de participação desses credores: "Poderá o credor fiduciário, no entanto, aderir espontaneamente ao plano de recuperação, com o que participará do conclave com direito a voto, na classe em que houver aderido."

37 O entendimento consolidado no STJ é que compete ao juízo da recuperação a decisão acerca da essencialidade do bem: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, CC 121.207/BA, 2ª Seção, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 08.03.2017, DJe 13.03.2017.

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, CC 146.631/MG, 2ª Seção, rel. Min. Nancy

Andrighi, j. 14.12.2016, DJe 19.12.2016; no TJRS. Apelação Cível 70069915692, 14ª Câmara Cível, rel. Miriam A. Fernandes, j. 25.05.2017.

39 É bastante controversa a existência de um juízo universal na recuperação judicial, sobre o assunto ver SILVA, José Anchieta da. O plano de recuperação judicial para além dele (o plano além do plano). In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFIIOLETTI, Emanuelle Urbano (Org.). Dez Anos da Lei n. 11.101/2005: estudos sobre a Lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015. p. 375.

40 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70069468460. 14ª Câmara Cível, rel. Roberto Sbravati, j. 30.03.2017. No mesmo sentido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70070650197, 13ª Câmara Cível, rel. Roberto Sbravati, j. 22.09.2016.

41 Sobre o tratamento destinados aos créditos garantidos por penhor ver ANDREY, Marcos. Comentários aos artigos 48 e 49. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. Comentários à nova Lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 237. Ver também: AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 66. No mesmo sentido ver MANGE, Luiz Roberto de Macedo; VIEIRA FILHO, Walter. Créditos com garantia real: penhor. Revista do Advogado AASP, São Paulo, v. 29, n. 105, p. 168-173, 2009.

42 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 167.

43 TEPEDINO, Gustavo. Caução de créditos no direito brasileiro: possibilidades do penhor sobre direitos creditórios. Soluções práticas, São Paulo, v. 1, p. 445-464, nov. 2011.

44 TEPEDINO, Gustavo. Caução de créditos no direito brasileiro: possibilidades do penhor sobre direitos creditórios. Soluções práticas, São Paulo, v. 1, p. 445-464, nov. 2011. p. 455. Ver também ANDREY, Marcos. Comentários aos artigos 48 e 49. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. Comentários à nova Lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 237.

45 TEPEDINO, Gustavo. Caução de créditos no direito brasileiro: possibilidades do penhor sobre direitos creditórios. Soluções práticas, São Paulo, v. 1, p. 445-464, nov. 2011. No mesmo sentido, AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 69. "A garantia a que alude o art. 49, § 5º, da LRF, pode ser renovada ou substituída judicialmente, sem que incida na hipótese a regra do art. 50, § 1º, da LRF. Isto é, a substituição ou supressão da garantia pode ocorrer independentemente de consentimento do credor, mas aí, com a cautela se ponderar o princípio da preservação da empresa (art. 47 da LRF) com a necessidade de tutelar-se o credor."

46 Sobre a substituição e renovação das garantias comenta SZTAJN, Rachel. Comentários ao art. 49 da Lei 11.101. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: artigo por artigo. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 230-231. "A norma prevê, ainda, a possibilidade de que tais garantias sejam substituídas ou renovadas durante esse período de 180 dias, vale dizer, que o vencimento da obrigação possa ser prorrogado com o que se atende ao critério de eficiência na distribuição de direitos, deveres e obrigações, porque se o devedor tem mais tempo para realizar o pagamento, o credor não vê desaparecer a garantia que lhe fora outorgada. Trata-se, portanto, de uma novação, seja da obrigação principal, seja da acessória, a garantia."

47 MANGE, Luiz Roberto de Macedo; VIEIRA FILHO, Walter. Créditos com garantia real:

penhor. Revista do Advogado AASP, São Paulo, v. 29, n. 105, p. 168-173, 2009. p. 171.

48 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Súmula 61 da Seção de Direito Privado.

49 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101, comentada artigo por artigo. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 148.

50 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.388.948/SP, 3ª T., rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 01.04.2014, DJe 08.04.2014.

51 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 2034870-81.2016.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Hamid Bdine, j. 21.09.2016, data de registro 23.09.2016.

52 TEPEDINO, Gustavo. Caução de créditos no direito brasileiro: possibilidades do penhor sobre direitos creditórios. Soluções práticas, São Paulo, v. 1, p. 445-464, nov. 2011.

53 SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática. Coimbra: Almedina, 2016. p. 253. Ver também AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 67.

54 AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 68. ANDREY, Marcos. Comentários aos artigos 48 e 49. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. Comentários à nova Lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 237; SZTAJN, Rachel. Comentários ao art. 49 da Lei 11.101. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: artigo por artigo. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 230.

55 AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 68.

56 TEPEDINO, Gustavo. Caução de créditos no direito brasileiro: possibilidades do penhor sobre direitos creditórios. Soluções práticas, São Paulo, v. 1, p. 445-464, nov. 2011. p. 455.

57 O TJSP possui entendimento sumulado sobre a questão, sumula 62. "Na recuperação judicial, é inadmissível a liberação de travas bancárias com penhor de recebíveis, e, em consequência, o valor recebido em pagamento das garantias deve permanecer em conta vinculada durante o período de suspensão previsto no par. 4 do art. 6 da referida lei."

58 MANGE, Luiz Roberto de Macedo; VIEIRA FILHO, Walter. Créditos com garantia real: penhor. Revista do Advogado AASP, São Paulo, v. 29, n. 105, p. 168-173, 2009. p. 171.

59 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 0007520-31.2011.8.26.0000, rel. Des. Araldo Telles, j. 22.11.2011.

60 LOBO, Jorge. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 186.

61 SZTAJN, Rachel. Comentários ao art. 49 da Lei 11.101. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: artigo por artigo. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 229.

62 TJRS, processo 001/1.16.0013583-3.

63 Informações constantes na Ata da Assembleia Geral de credores, realizada em 01.11.2016. Processo de recuperação judicial 001/1.16.0013583-3.

64 SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática. Coimbra: Almedina, 2016. p. 252.

65 CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 409.

66 Para entender melhor o conceito e natureza jurídica do ACC e a distinção com o contrato de mútuo, ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.350.525/SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.06.2013, DJe 28.08.2013.

67 COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 188.

68 AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 76.

69 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 164. O autor prossegue argumentando sobre a impossibilidade de restituição dos valores na recuperação judicial e acerca da impossibilidade desse credor requerer a falência, por fim arremata: "Ora, tem legitimidade para requerer falência aquele cujo crédito será afetado pelo decreto falimentar, pois embora teoricamente a falência seja forma de retirar do meio empresarial aquele empresário que está falido e que, com sua permanência neste meio, apenas causará malefício, ainda assim, a jurisprudência reconhece que é também uma forma de tentativa de recebimento do valor devido."

70 SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática. Coimbra: Almedina, 2016. p. 253.

71 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.440.783/SP, 3ª T., rel. Min. Moura Ribeiro, j. 14.06.2016, DJe 21.06.2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, AgRg no CC 113.228/GO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 01.02.2012.

72 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 2062377-80.2017.8.26.0000, 38ª Câmara de Direito Privado, rel. Achile Alesina, j. 10.05.2017, data de registro 12.05.2017.

73 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de instrumento 2129031-83.2016, 16ª Câmara de Direito Privado, rel. Coutinho de Arruda, j. 10.01.2017, data de registro 10.01.2017.