

JUSTIÇA & CIDADANIA

EDITORIAL

**CONHECIMENTO QUE
TRANSFORMA**

EM FOCO

**EVENTO NA OAB/RJ APONTA
NOVOS CAMINHOS PARA AS
EMPRESAS EM DIFICULDADE**

ACESSO À JUSTIÇA

**O GERENCIAMENTO DE
CASOS E O ACESSO À
ORDEM JURÍDICA JUSTA**



O DIREITO NA ERA DIGITAL

A TECNOLOGIA VEM INFLUENCIANDO MUDANÇAS CADA VEZ MAIS VELOZES EM TODA A SOCIEDADE. OS EFEITOS NO JUDICIÁRIO DESTES COMPLEXOS CICLOS DE TRANSFORMAÇÕES FOI O PONTO DE ATENÇÃO DOS ESPECIALISTAS QUE SE REUNIRAM EM LONDRES PARA O SEMINÁRIO PROMOVIDO PELO IJC E PELO IALS

O PARADOXO ENTRE A PROTEÇÃO DOS ATIVOS E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS CREDORES FIDUCIÁRIOS NÃO SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL

PAULO ASSED ESTEFAN

Juiz de Direito do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro

Não é desconhecido que a Lei nº 11.101/2005 quebrou o paradigma liquidatório ditado pelo antigo Decreto-Lei nº 7.661/1945, inaugurando uma fase de enfrentamento da crise com viés preservacionista. Vale dizer: a preocupação do legislador está em estabelecer caminhos para a preservação da atividade produtiva, pois assim conserva, dentre outros benefícios, os postos de trabalho e a fonte geradora de riquezas e tributos.

Nessa trilha, resta forçoso concluir que o processo judicial recuperacional está a exigir de todos os seus atores e partícipes soluções dotadas de inovação e perspicácia econômico-financeira, com aplicabilidade prática e racional para harmonização dos interesses envolvidos, isto sempre nos limites do enquadramento legal.

O Tribunal da Cidadania, como guardião da melhor jurisprudência na seara do direito da insolvência, tem empregado ao tema um tratamento dinâmico e atualizado, inaugurando, por seu turno, a necessidade de os juízos empresariais responderem na mesma toada, conferindo um tratamento prático, efetivo e equânime no de frontamento das questões.

É bom ter em mente, a essa altura, o que parece ser a técnica legislativa empregada na criação da Lei nº 11.101/05. O legislador abandonou o mito da completude e o caminho dogmático para editar uma lei diretiva, sujeita à crítica e à interpretação criativa. Isso permite não só sua oxigenação, mas, ao lado disso, uma construção jurisprudencial amalgamada com a realidade vivida a cada tempo. Sigamos nessa alvissareira esteira.



Isso posto, é cediço que a lei de falência e recuperação de empresas pátrias foi editada com base no modelo norte-americano, lastreada no *stay period*, ou seja, na concessão de um fôlego à empresa em dificuldade que, sendo blindada no decorrer de um hiato temporal, terá um tempo de bonança não só para negociar com seus credores, mas também para se ver salvaguardada de ataques ao seu patrimônio. Nesse sentido, o período de suspensão das ações e execuções representa um pilar crucial do modelo adotado.

Nas precisas palavras dos eminentes juristas Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos:

A razão de ser da norma que determina a pausa momentânea das ações e execuções – *stay period* – na recuperação judicial é de permitir que o devedor em crise consiga negociar, de forma conjunta, com todos os credores (plano de recuperação) e, ao mesmo tempo, preservar o patrimônio do empreendimento, o qual se verá liberto, por um lapso de tempo, de eventuais constrições de bens imprescindíveis à continuidade da atividade empresarial, impedindo o seu fatiamento, além de afastar o risco da falência.

Acontece que, no Brasil, o legislador resolveu deixar à margem dos processos de recuperação judicial alguns credores, seja por critério temporal (art.49, caput), seja por critério de natureza do crédito (art. 6º, § 7º e art. 49, §§ 3º e 4º). Tal fato tem dado ensejo a uma fonte inesgotável de debate doutrinário e jurisprudencial, a fim de se buscar uma espécie de *break even point* que melhor atenda de maneira uniforme, equilibrada e, assim, justa no sentido ideal, os interesses desses credores e da recuperanda.

Nota-se, então, que aquela blindagem oferecida pelo *stay period* não se apresenta como um manto protetor impenetrável, mesmo que provisório, eis que certos credores não sujeitos ao processo recuperacional estariam livres, a princípio, para buscarem seus créditos sem se importarem, com atropelo, com o tratamento conjuntural da crise empresarial. Isso, em verdade, passou a representar sério risco para a preservação da atividade produtiva, sujeita que estaria a ataques predatórios e indiscriminados ao seu patrimônio.

E como resultado prático do que pode ser considerado, ao menos, uma “disciplina especial”, se não uma benesse legal em prol de alguns credores, sobejam lití-

gios em todas as suas acepções: de competência, de direito material, de interesses e assim por diante.

É fácil ver, portanto, que se estabeleceu certo conflito, uma dicotomia, entre o pilar básico da blindagem e a necessidade de satisfação dos direitos legítimos dos credores excluídos do processo recuperacional.

Ao lado disso, não podemos olvidar que, ao contrário dos credores sujeitos ao processo recuperacional agrupados sob a batuta do presidente do processo, aqueles credores excluídos caminharão isoladamente, dispersos em vários juízos, inclusive com diversas competências e esferas das justiças federal e estadual cível, notadamente.

Ora, a falta de concatenação das atividades de cobrança mostrou-se deletéria, representando verdadeiro atrapalho ao processo de superação da crise. Então, em boa hora, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu, como *standard*, que os atos de constrição oriundos de execuções, sejam eles fiscais, cíveis ou até mesmo trabalhistas, deveriam passar pelo crivo do juízo recuperacional, encarregando este de verificar a essencialidade dos bens almejados pelas penhoras deprecadas pelos juízos externos, tema já comentado em publicação anterior (*O Juízo Recuperacional Operacional- Definição e Alcance*).

Nessa situação, vê-se que a própria Lei nº 11.101/2005 gerou critério para os credores com propriedade fiduciária, ou seja, a prorrogação da efetivação do direito do proprietário fiduciário de bem de capital essencial para depois do período de salvaguarda erigido no processo recuperacional.

Em sua compreensão original, tudo indica que pretendeu o legislador que o bem de capital (aquele utilizado na produção de outros bens e serviços), ao estar em garantia por alienação fiduciária, mas sendo essencial na cadeia produtiva, permaneceria cumprindo sua finalidade até o fim do período de suspensão para, só então, servir ao seu propósito garantidor do crédito.

É fato, e aqui não se relega, o importante debate no campo técnico relacionado à conceituação e à definição estendida da expressão “bem de capital” da Lei Recuperacional, o que fatalmente perpassa por conceitos e uma análise também da Ciência Econômica. Contudo, o que se mostra mais relevante neste momento é o aspecto prático da depuração de sua acepção, sua aplicação prática e respectivo tratamento jurídico, considerando-se os sedimentados princípios que regem a Lei.

Nessa senda, nota-se que a dinâmica utilizada pelo legislador é perfeitamente possível de ser observada no campo prático, tanto é que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, em sede de incidente de Conflito Positivo de Competência, confirmou que cabe ao juízo recuperacional definir sobre a natureza e a essencialidade do bem no projeto de superação da crise, mesmo em se tratando de credor fiduciário (ou seja, de crédito não sujeito ao plano), apontando, em *obiter dictum*, que o debate acerca da definição de bem de capital também estaria inserido no “núcleo de cognição e deliberação do juízo recuperacional”. Eis a ementa:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CÉDULA DE PRODUTO RURAL. CESSÃO FIDUCIÁRIA. JUÍZO ACERCA DA ESSENCIALIDADE DO BEM PARA A ATIVIDADE EMPRESARIAL.

1. Há absoluta convergência, entre doutrina e jurisprudência, que, em conformidade com o princípio da preservação da empresa, o juízo de valor acerca da essencialidade ou não de algum bem ao funcionamento da sociedade cumpre ser realizado pelo Juízo da recuperação judicial, que tem acesso a todas as informações sobre a real situação do patrimônio da recuperanda, o que tem o condão, inclusive, de impedir a retirada de bens essenciais, ainda que garantidos por alienação fiduciária, da posse da sociedade em recuperação (art. 49, § 3º, da LRF).
2. É inviável, na estreita sede do conflito de competência, a deliberação acerca da natureza extracursal do crédito, o que é da estrita competência do Juízo da recuperação, a partir daí cabendo, se for o caso, os recursos pertinentes.
3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara Cível de Sertãozinho/PR. (STJ, CC nº 153.473/PR, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 9/5/2018).

Contudo, ganha a *quaestio* contornos mais intrincados justamente ao lembrarmos que o Superior Tribunal de Justiça estendeu à cessão fiduciária a hipótese de exclusão desse crédito, atingindo basicamente a chamada trava bancária dos recebíveis da empresa em dificuldade.

Ao fazer isso, criou-se um paradoxo especificamente na hipótese daquilo que foi dado em garantia (recebíveis da empresa em RJ ou mesmo matéria-prima ou insumos) ser, por natureza, mesmo que fungível, perecível, na medida em que desaparece quando utilizado. Nesse caso, considerado essencial, ao se utilizar a mesma dinâmica prescrita acima, esse bem ou direito já não existiria ao final do *stay period*, o que transformaria em tábula rasa o direito do credor fiduciário.

Sob outra perspectiva, se mesmo diante da essencialidade se permitisse a constrição, seria o princípio da preservação da empresa que estaria sendo relegado.

Como consequência traz-se as sempre precisas palavras do eminente doutrinador Luis Roberto Ayoub: É, pois, necessário muito cuidado ao tratar da questão, porque, como já dito anteriormente, há valores em aparente conflito: o direito de propriedade X o direito recuperacional. Agindo com acuidade, é possível equalizar o afirmado aparente conflito, evitando maltrato à economia e, ao mesmo tempo, permitir que a empresa, enferma, receba valores necessários para o seu reerguimento.

É dever da jurisprudência harmonizar esses interesses, propiciando a solução dos conflitos para permitir a satisfação desses credores sem comprometimento da superação da crise. Como fazer, eis a questão que eclode.

Na linha de frente do processo recuperacional, cabe ao juiz a observância do princípio da preservação da empresa e, por isso mesmo, reconhecer que a essencialidade ou não do bem (corpóreo ou incorpóreo) perseguido deve ser a pedra angular da decisão acerca da permissão para a constrição.

Uma vez estabelecida a essencialidade e, em consequência, obstaculizada a pretensão do credor, não pode o juiz olvidar que o art. 47 da Lei em comento, para além de estabelecer o princípio da preservação da empresa, também impõe observância à manutenção dos interesses dos credores, sem classificá-los como incluídos ou não no plano de recuperação.

Ora, o credor com garantia real assentada em bem consumível essencial (dinheiro ou insumos, por exemplo), ao contribuir para a preservação da empresa mediante a utilização daquele bem ou direito que lhe

serviria de garantia não pode ficar “a ver navios”, esvaziado em seu direito e lançado a um limbo jurídico de incerteza e insegurança.

Parece que premida por esse dilema, a Terceira Turma do STJ, em sede de Recurso Especial, decidiu que o crédito cedido fiduciariamente não estaria subsumido ao *stay period* da recuperação judicial (e consequentemente da proteção quanto à trava bancária), mesmo sendo essencial para o funcionamento da empresa, arrimando suas razões de decidir, dentre outros, pelo fato de que “não se pode atribuir tal qualidade a um bem, cuja utilização signifique o próprio esvaziamento da garantia fiduciária”.

Concessa venia, o r. julgado incrementa um debate ainda maior travado no próprio STJ, o qual, na gênese, pacificou o entendimento de que a cessão fiduciária (de crédito) estaria excluída dos efeitos da recuperação judicial, por uma interpretação extensiva do parágrafo terceiro do artigo 49 e, agora, estaria tendente a aplicar uma interpretação restritiva e estrita em relação à definição de bem de capital, excluindo-se o crédito objeto de cessão fiduciária até mesmo da proteção do *stay period*.

Não se estaria, nesse caso, criando o “melhor dos mundos” para o credor com cessão fiduciária (e também, reflita-se, o pior, dependendo do ângulo sobre o qual se olha), abalando o equilíbrio dos agentes econômicos envolvidos na recuperação da empresa no sentido *lato e*, assim, a necessária paridade (obviamente

“É dever da jurisprudência harmonizar esses interesses, propiciando a solução dos conflitos para permitir a satisfação desses credores sem comprometimento da superação da crise. Como fazer, eis a questão que eclode.”

“Ultrapassada a fase conciliatória, mostra-se útil o equilíbrio a ser buscado entre a essencialidade e a possibilidade de utilização parcial do bem ou direito almejado pelo credor. Isso porque, nem sempre a essencialidade recai sobre a totalidade do que se busca.”

respeitando-se as suas especificidades e posições) no tratamento dos credores, ferindo-se o racional do sistema recuperatório, inclusive a disciplina e hermenêutica do próprio artigo 49 em consonância com o espírito da lei?

Destarte, sem embargo, a proficiência do tratamento da questão compartilhando-se da mesma preocupação externada pelo STJ em relação ao possível esvaziamento da garantia), sobreleva dizer que não se trata de um entendimento pacificado pelo STJ e ainda persiste, resguardada pela Segunda Seção, a competência do juiz da recuperação para definir a natureza do crédito (se concursal ou extraconcursal) assim como a essencialidade do bem. Mais ainda, mantida a sua competência para tutelar “atos de execução de créditos promovidos contra empresas falidas ou em recuperação judicial”, bem como “atos judiciais que envolvam o patrimônio dessas empresas” (C.C. 153.473-PR- 2017/0179976-7).

À vista disso, ousa-se trazer à reflexão a ideia de que ainda cabe algum espaço para se propugnar sobre a necessidade de se criar alternativas que salvaguardem os interesses dos credores fiduciários tratando-se de bem consumível essencial, mas também que atenda ao ditame do art. 47 da Lei nº 11.101/2005.

Por sua pertinência ao estudo, cabe trazer à baila as lições do Ministro Luis Felipe Salomão e de Paulo Penalva Santos:

Vale dizer, da leitura dos dispositivos legais e à luz dos princípios que regem o processo recuperacional, a exceção alusiva ao crédito fiduciário contida no art.49,§3º, da Lei significa que, muito embora o credor não se submeta aos efeitos da recuperação e que lhe sejam resguardados os direitos de proprietário fiduciário, não está ele livre para simplesmente fazer valer sua garantia durante o prazo de suspensão das ações a que se refere o art.6º, §4º.

Mesmo no caso de créditos garantidos por alienação fiduciária, os atos de satisfação que importem providência expropriatória devem ser sindicáveis pelo juízo da recuperação.

Pretende-se aqui contribuir para a continuidade do debate com sugestões que, notadamente, comunguem o melhor concerto de interesse entre a recuperanda e o proprietário fiduciário de bem perecível e essencial, de forma que se possa atingir um resultado cada vez mais consciencioso e eficiente sob o ponto de vista jurídico-econômico para o fim maior do processo judicial recuperacional. Ideias e soluções devem ser alvos de incessantes buscas pelos juristas.

Nesse panorama, oportunizar a sub-rogação objetiva ou real, substituindo-se o bem essencial (independentemente de sua fungibilidade) por outro que não interceda no funcionamento da empresa parece ser a primeira opção. Na prática, a atuação do Administrador Judicial trazendo à luz os dados da sociedade em recuperação é crucial para a análise.

De toda sorte, esta se mostraria uma solução mais fluida, porém sabemos que não facilmente incidente, ante a usual crise patrimonial que assola as empresas às quais engajam uma recuperação judicial. Reflitamos, pois, um pouco mais sobre as alternativas em busca da solução ideal.

A repactuação entre credor e devedora pode ser trazida à mesa, valendo-se da mediação, lembrando que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (Art. 3º, §§ 2º e 3º do CPC).

Explica-se: ao criar um ambiente de diálogo e confiança, pode o Poder Judiciário construir uma mesa redonda, em sentido figurado, para a busca em igualdade de posição de solução otimizada em cooperação e harmonia.

Outra medida salutar que se apresenta na mesma linha da consensualidade é aquela que se situa na realização de audiências conjuntas entre o juiz do processo recuperacional e aquele que preside a execução independente. Afinal, “os juízos poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual”, como está apostilado no art. 68 da lei processual. Nelas, poderão os magistrados demonstrar aos interessados a boa aventura da repactuação, seja pela dilação dos prazos de pagamento, seja pela transformação de créditos em participações acionárias e diversas outras medidas de composição da pendenga.

Ultrapassada a fase conciliatória, mostra-se útil o equilíbrio a ser buscado entre a essencialidade e a possibilidade de utilização parcial do bem ou direito almejado pelo credor. Isso porque, nem sempre a essencialidade recai sobre a totalidade do que se busca. O Administrador Judicial pode trazer relevantes informações sobre isso, propiciando ao juiz caminhar entre o céu e a terra, ou seja, propiciar a liberação do necessário ao funcionamento da empresa, enquanto permite a efetivação do direito do credor com a parcela que sobeja.

Nessa linha de ideias, não deve impressionar o argumento de que a modulação da cessão fiduciária poderia acarretar o encarecimento e indisponibilidade de crédito. Façamos uma necessária distinção entre constituição de garantia fiduciária de créditos já devidamente constituídos (por exemplo, desconto de duplicatas por mercadorias já fornecidas), e os créditos ainda a performarem, os quais possuem condições que podem vir a não serem implementadas (como venda futura e incerta de mercadoria). Parece óbvio que se trata de situações distintas que levaram à uma análise diversa de risco pela instituição financeira para a estipulação do spread, que deve, portanto, pois sabedora, repartir corretamente esse risco, preservando-se a comutatividade necessária, evitando-se o desequilíbrio contratual.

A revisão do contrato, ao menos no âmbito de incidência do *stay period*, parece ser uma medida,

prima facie, coerente com a normatização diretiva que envolve a recuperação judicial. O resultado objetivamente seria: impedindo-se o vencimento integral do contrato, seja em razão do inadimplemento, seja afastando a cláusula resolutiva expressa (as também chamadas *ipso facto* de insolvência), analisaria o juiz da recuperação judicial (baseado inclusive em laudos técnicos) a possibilidade jurídica e a conveniência de reequilibrar a relação contratual.

Essa hipótese, principalmente considerando os créditos não performados, parece ser um convite ao consenso e eficiência, pois estimularia a manutenção da atividade que seria geradora do capital futuro, e ainda permitiria que o credor continuasse detendo meios e substância para a excussão da sua garantia ao final do período de salvaguarda.

A experiência prático-jurídica no dia a dia dos que lidam com os processos de recuperação judicial leva à quase intuitiva conclusão de que o magistrado tem um dever de agir diferente nesta área de atuação, transmutando a equidistância/inércia natural, para se tornar o verdadeiro dono da batuta recuperacional em uma postura proativa, preventiva e até mesmo inventiva (logicamente dentro do enquadramento legal) para a entrega de solução prática do problema que também passa a afligir o Judiciário.

Isso para que se possa evitar o perecimento do objeto da garantia fiduciária, tornando concreto o receio já externado pelo Superior Tribunal de justiça e, noutro giro, que se possa atender o princípio da preservação da empresa e a competência do juízo recuperacional para atos de constrição que possam prejudicar o projeto de soerguimento- sempre se buscando agregar valor.

Assim, propõe-se que durante o período do *stay*, ao se tratar de bens consumíveis essenciais objeto de cessão fiduciária, pode o juiz recuperacional se valer das ferramentas conciliatórias e, se for o caso, cogentes, com a finalidade de se encontrar o equilíbrio entre a preservação da empresa e a satisfação do interesse dos credores não sujeitos à recuperação judicial, isto sem importar, no primeiro momento, na inclusão do respectivo crédito no processo.

Fica, portanto, o convite à reflexão, adaptação e modulação da *lege data*, na busca inarredável da formação de um microsistema judicial recuperacional cada vez mais salutar para todos os envolvidos. 