Pareceres

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo

I. A consulta. II. O parecer: 1. Considerações iniciais. 2. Cessão fiduciária de recebíveis: 2.1 Cessão de créditos atuais e futuros; 2.2 Aplicação nos processos concursais; 2.3 Bens essenciais à atividade empresarial; 2.4 Competência do juízo da recuperação. 3. A bússola: a preservação da empresa. 4. Respostas aos quesitos.

I. A consulta

Os ilustres Advogados AA, que representam em juízo BB, nos processos de recuperação judicial impetrados por empresas que o integram, honram-me com a consulta abaixo reproduzida.

Considerando os fatos descritos abaixo:

I – Da relação entre BB e CC

Em 4.7.2013, a empresa DD S.A. emitiu 3 (três) Cédulas de Crédito à Exportação ("CCEs") emitidas pelos Bancos EE, FF, e CC, atual denominação de QQ, figurando o EE como Banco Líder da operação. Por meio destas CCEs, assumiu-se a promessa de pagamento do valor histórico de R$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

1. Tais CCEs estavam garantidas por meio da cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes e a serem pagos pela empresa HH do contrato ("Contrato") celebrado com a empresa DD S.A., conforme previsto no "Instrumento Particular de Contrato de Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios em Garantia e Outras Avenças" ("Instrumento de Cessão").

2. Referida garantia fiduciária foi concedida simultaneamente de forma "sindicalizada" a três CCEs distintas, emitidas pelos Bancos EE, FF e CC, figurando o EE como Banco Líder da operação.

3. O Instrumento de Cessão previa, como garantia do pagamento da CCE, 50% dos direitos creditórios, principais e acessórios – *incluindo os direitos, prerrogativas e privilégios* – presentes e futuros, de titularidade da DD S.A. em face da HH, oriundos do Contrato.

4. Posteriormente, em 29.8.2014 foi ajuizado o pedido de recuperação judicial das empresas que são denominadas, conjuntamente, "BB" ou "Recuperandas". Em decisão proferida em 15.9.2014, foi deferido o processamento da recuperação judicial conjunta das nove empresas. O Plano de Recuperação Judicial ("Plano") foi aprovado em sede de Assembleia Geral de Credores ("AGC") realizada em 13.5.2015 – 2ª Convocação, atendendo os quóruns legais previstos no art. 45 da Lei 11.101/2005 ("LFRE"), e homologado pelo D. Juízo da Recuperação em decisão proferida na data de 21.5.2015.

5. Na ocasião do ajuizamento, o crédito detido por CC foi arrolado como crédito extraconcursal pelo fato de que estava garantido pela cessão fiduciária de recebíveis, o que foi posteriormente confirmado pela Il. Administradora Judicial quando da elabo-

ração da sua relação de credores conforme prevê o § 2º do art. 7º da LFRE.

6. Após o deferimento do pedido de recuperação judicial, a HH notificou a DD S.A., na data de 1.12.2014, comunicando a rescisão unilateral do contrato celebrado entre as partes em função de alegados descumprimentos contratuais pela DD S.A. Discordando da rescisão unilateral, a DD S.A. ajuizou Medida Cautelar de Produção Antecipada de Provas autuado perante a Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, com a intenção de se apurar futura indenização em face de HH.

7. Em função da rescisão contratual, BB ajuizou, em 5.2.2015, impugnação de crédito contra a lista elaborada pela Il. Administradora Judicial, visando a retificação da classificação do crédito da CC para a classe dos credores quirografários, demonstrando que (i) a garantia do crédito da CC se esvaziou ante a rescisão contratual aperfeiçoada e apenas noticiada pela HH; (ii) a natureza do crédito era consequentemente quirografária, apenas caracterizada como extraconcursal em decorrência da garantia anteriormente constituída; (iii) a CC, ao penhorar outros bens da BB, abriu mão de sua garantia ("Impugnação de Crédito CC").

8. Em paralelo, a CC ajuizou ação de execução de título extrajudicial em face da BB, em trâmite perante o D. Juízo da Execução, oportunidade em que requereu o arresto de diversos bens de titularidade da BB.

9. Partindo da premissa de extraconcursalidade do crédito, nos termos do art. 49, § 3º, da LFRE, o D. Juízo da Execução deferiu a penhora dos créditos da II junto a JJ, que estavam consignados na ação em trâmite perante o D. Juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo.

10. Contra essa decisão, BB interpôs Agravo de Instrumento 203, o qual foi distribuído para a Câmara Reservada de Direito Empresarial do E. Tribunal de Justiça de São Paulo ("TJSP"), em função da prevenção para julgar recursos que envolvam questões da recuperação judicial, visando a reforma da r. decisão para que fosse reconhecido (i) a concursalidade do crédito da CC e (ii) a impossibilidade de penhora de outros bens diversos à garantia prestada. Este recurso foi desprovido com observação pelo E. TJSP, consignando que o arresto deveria respeitar os limites da garantia prestada. Atualmente este recurso encontra-se em fase de recurso especial, aguardando elaboração de parecer pela D. Procuradoria Geral de Justiça ("PGJ") para posterior juízo de admissibilidade pelo E. TJSP.

11. Paralelamente à interposição do Agravo de Instrumento 203, BB pleiteou ao D. Juízo da Recuperação a suspensão da execução movida pela CC ou, sucessivamente, que os atos constritivos recaíssem apenas sobre a sua garantia. Em sequência, o D. Juízo da Recuperação decidiu que o crédito da CC é extraconcursal até o limite de sua garantia, podendo a execução recair apenas sobre os direitos decorrentes do contrato firmado com HH.

12. Tal decisão foi objeto de recurso tanto pela CC (Agravo de Instrumento 210), o qual já transitou em julgado, e por BB (Agravo de Instrumento 202), que por sua vez encontra-se em fase de recurso especial, aguardando elaboração de parecer pela D. PGJ para posterior juízo de admissibilidade.

13. Ambos os recursos foram desprovidos, tendo o E. TJSP ratificado o posicionamento de extraconcursalidade do crédito, a limitação da extraconcursalidade aos bens dados fiduciariamente em garantia e a competência do D. Juízo da Recuperação para analisar atos de constrição sobre o patrimônio das empresas da BB, para que não haja perigo de dano à preservação da empresa.

14. Independente dessa controvérsia, em 28.11.2014 o EE resgatou o valor de 4 (quatro) Certificados de Depósito Bancário ("CDBs") de propriedade da DD S.A. na intenção de satisfazer seu crédito e repassar, nas proporções previamente estabelecidas, ao demais Bancos integrantes do Sindicato. BB, entendendo que tais CDBs não eram vinculados às CCEs objeto de garantia (muito menos a fiduciária) concedida ao EE, requereram ao D. Juízo da Recuperação a restituição de tal quantia, o que foi deferido e o EE, em cumprimento a determinação judicial, depositou os valores correspondentes na conta vinculada à recuperação judicial.

15. Esta decisão foi objeto de Agravo de Instrumento 201, interposto pelo EE, o qual foi provido pelo E. TJSP e atualmente

encontra-se em fase de recurso especial interposto pelo BB. Em função deste julgamento, em cumprimento a decisão proferida pelo TJSP, foi autorizado em 29.10.2015 o levantamento dos valores anteriormente depositados pelos Bancos Sindicalizados, cada qual em sua proporção, decisão que não foi objeto de recurso pelo BB.

16. Por fim, em 26.11.2015, o Juízo da Recuperação julgou improcedente a Impugnação de Crédito CC, ajuizada pela BB, dispondo que (i) "a garantia não restou esvaziada, seja porque a rescisão do contrato é objeto de discussão judicial, seja porque existem direito creditícios decorrentes do contrato que os impugnantes possuem em face da HH/KK"; e (ii) "deve-se considerar também que eventual alteração da garantia posteriormente ao ajuizamento da recuperação judicial, não tem o condão de alterar retroativamente a qualificação do crédito".

17. Contra referida decisão proferida na Impugnação de Crédito CC foi interposto recurso de agravo de instrumento pela BB (processo n. 203), ao qual foi negado provimento pelo TJSP, e atualmente está em curso prazo para apresentação de embargos de declaração/recurso especial.

II – Da Recuperação Judicial da BB – Grave Crise Econômico-financeira

1. Com o desenvolvimento do processo recuperacional, iniciou-se a fase de cumprimento do Plano de Recuperação Judicial, com o pagamento das parcelas trabalhistas a partir de 25.8.2015. Diante das dificuldades financeiras, a 3ª parcela trabalhista, que venceu em 25.11.2015, não foi quitada integralmente. Nessa mesma situação, foi que a 4ª parcela trabalhista vencida em 25.2.2016 também não foi adimplida pelo BB.

2. Partindo da necessidade de obtenção dos recursos e da previsão no Plano para monetizações, a BB apresentou petição em 17.2.2016 em que requereu a intimação da HH para que liberasse a quantia de USD 23.588.586,75, devida por prestação dos serviços prestados e aprovados previstos no Contrato celebrado entre a Recuperanda DD S.A. e a HH, fundamentando o pedido na impossibilidade de compensação de créditos com empresa em recuperação judicial, já que eventual crédito detido pela HH também estaria sujeito aos efeitos da recuperação judicial.

3. Posteriormente, a CC apresentou manifestação objetivando que, em caso de deferimento do pedido da BB, 50% dos valores fossem depositados na conta, vinculada ao Contrato e administrada pelo Banco Líder do Financiamento – EE, sob o argumento de que os valores requeridos pela BB haviam sido cedidos fiduciariamente em favor do Sindicato dos Bancos. Na hipótese de não ser deferido, a CC também requereu autorização do D. Juízo da Recuperação para a penhora da participação acionária da Recuperanda DD S.A. na empresa LL S/A.

4. Em 17.3.2016 o D. Juízo da Recuperação deferiu o pedido da BB, intimando a HH para imediato pagamento da quantia requerida pelas Recuperandas, diante do reconhecimento da intenção de compensação pela HH, uma vez que foi ajuizada habilitação de crédito da quantia de US$ 96.372.432,02 pela HH, tendo a ordem sido cumprida em 1.4.2016, mediante depósito de R$ 83.704.100,08 em conta judicial, sem pronunciar-se sobre a pretensão da CC.

5. Diante desta decisão, a CC opôs embargos declaratórios visando que o Juízo da Recuperação decidisse sobre a sua pretensão. Foi então que, em 7.4.2016, o Juízo da Recuperação indeferiu seu pedido, consignando que (i) não seria razoável o bloqueio de valores a serem utilizados pela recuperanda para o cumprimento das obrigações do plano em função de crédito cuja existência e/ou exigibilidade ainda pendem de confirmação judicial; (ii) ainda que tal crédito venha a ser reconhecido como devido e tenha natureza extraconcursal, a CC poderá pleitear oportunamente a cobrança do valor devido, mas a constrição não poderia atingir estes ativos pois são absolutamente essenciais para os pagamentos dos créditos trabalhistas sujeitos ao Plano; (iii) mesmo credores extraconcursais ficam obstados de realizar seus créditos na medida em que tal providência possa representar lesão à recuperação, preservando-se os resultados sociais benéficos que decorrem da atividade empresarial; (iv) não se pode admitir que a constrição de ativos da recuperanda em

favor da CC coloque em risco o sucesso da recuperação judicial, de modo que os atos de constrição serão submetidos previamente à análise do juiz da recuperação para que não haja perigo de dano à preservação da empresa.

6. Na mesma oportunidade, o Juízo da Recuperação determinou que as Recuperandas levantassem parcialmente os valores depositados nos autos pela HH, para que destinassem a quantia de R$ 23.833.968,00 para pagamento das parcelas trabalhistas do Plano e a importância de R$ 25.000.000,00 para pagamento de verbas extraconcursais para regularização da operação e manutenção das atividades. O saldo dos recursos – R$ 34.870.132,08 somente poderia ser levantado pela BB quando fosse definida a sua destinação, conforme determinação do Juízo da Recuperação.

7. Dos recursos levantados, a BB apresentou sua prestação de contas final em 27.5.2016, fiscalizada detalhadamente pela Il. Administradora Judicial e atestada em parecer protocolado em 30.5.2016.

8. Contra esta decisão, que autorizou o levantamento parcial dos valores, a CC interpôs, em 10.5.2016, recurso de agravo de instrumento, pleiteando a concessão de efeito suspensivo para impedir a BB de proceder ao levantamento dos valores, bem como requereu fosse autorizado o levantamento da parte proporcional dos valores depositados pela HH ("Agravo de Instrumento CC"). Ao final, requereu a reforma da decisão proferida pelo Juízo da Recuperação para que 50% dos valores depositados pela HH fosse destinada ao Sindicato dos Bancos. Embasando o pedido, a CC impugnou os fundamentos da decisão recorrida no sentido de que (i) a impugnação de crédito não seria o meio hábil para questionar a questão da extraconcursalidade do seu crédito, uma vez que já teria sido julgada em 1º grau; (ii) o Juízo da Recuperação, a BB e o E. TJSP já teriam supostamente reconhecido a extraconcursalidade do seu crédito; (iii) os valores devidos pela HH ao BB não são essenciais ao êxito da Recuperação Judicial, já que existem outros valores relevantes de posse da BB; (iv) pelo instrumento de cessão firmado com a BB, os valores depositados pela HH são de sua propriedade; e (v) eventual chancela do E. TJSP abalaria todo o funcionamento regular do mercado financeiro brasileiro.

9. Em análise preliminar, o Il. Des. Relator MM indeferiu, em 19.5.2016, o pedido de efeito suspensivo formulado pela CC, esclarecendo que a questão seria complexa e, por isso, não poderia de maneira monocrática deferir o levantamento de vultosos valores, de modo que tal matéria deveria ser objeto de decisão colegiada para conferir segurança jurídica.

10. Ato seguinte e em razão do saldo remanescente dos valores depositados nos autos pela HH, a BB requereu reiteradamente ao D. Juízo da Recuperação o levantamento do saldo remanescente dos valores depositados nos autos pela HH, informando que a Il. Administradora Judicial já havia conferido e atestado a prestação de contas do BB sobre os valores anteriormente levantados. E, intimada a se manifestar, a Il. Administradora Judicial apresentou seu parecer opinando pelo deferimento do novo pedido de levantamento realizado pela BB.

11. Em paralelo e ante a não concessão do efeito suspensivo pleiteado nos autos do Agravo de Instrumento CC, a CC opôs embargos declaratórios, em 24.5.2016, contra a decisão monocrática do Il. Relator MM, sustentando que a r. decisão teria sido omissa em relação ao pedido de obstar a BB de proceder com qualquer levantamento de valores depositados pela HH nos autos da recuperação judicial.

12. No bojo da recuperação judicial e em razão de manifestações do PP informando pendências de pagamentos de verbas trabalhistas extraconcursais, o Juízo da Recuperação, em 10.6.2016, designou audiência para o dia 17.6.2016, com o objetivo de que os representantes (gestores) da BB prestassem os esclarecimentos sobre as prioridades na destinação de ativos, sendo que no mesmo ato deveria comparecer também os representantes do PP e a Il. Administradora Judicial.

13. A BB então protocolou petição em 14.6.2016, pleiteando o levantamento parcial de R$ 20.981.854,92, diante da urgência no pagamento de (i) parcelas trabalhistas do Plano; (ii) verbas trabalhistas extraconcur-

sais oriundas de rescisões contratuais; (iii) salários atrasados, e (iv) fornecedores essenciais. Nesta oportunidade, BB anexou à sua petição os demonstrativos de utilização dos valores pleiteados, indicando as proporções exatas da utilização.

14. Em 15.6.2016, o Juízo da Recuperação deferiu o pedido do BB, determinando o levantamento e que o valor de R$ 20.981.854,92 fosse utilizado exatamente na forma exposta pelo BB em sua petição.

15. Em 16.6.2016, no impedimento ocasional do Il. Relator MM- férias, o Il. Desembargador NN, na qualidade de 2º juiz, acolheu monocraticamente os embargos declaratórios opostos pelo CC, atribuindo efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento CC para impedir qualquer levantamento de valores no bojo da recuperação judicial, tanto pelo BB, quanto pelo CC. Então, na audiência presidida pelo Juízo da Recuperação, realizada em 17.6.2016, ficou decidido que a guia de levantamento já expedida em favor do BB deveria ser recolhida.

16. O BB então apresentou recurso de agravo interno, em 21.6.2016, contra decisão proferida pelo Il. Des. NN, na qualidade de 2º juiz, em sede dos declaratórios opostos pela CC, requerendo liminarmente: (i) a revogação da decisão que atribuiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento CC, a fim de que fosse autorizado ao BB o levantamento de recursos para pagamentos essenciais, sob pena de riscos irreversíveis ao processo recuperacional e (ii) provimento integral ao recurso respaldado na demonstração de que o objeto do agravo de instrumento interposto pela CC não mais subsistira, em decorrência do levantamento dos valores R$ 25.000.000,00 e R$ 23.833.968,00, sendo que o efeito suspensivo não poderia atingir a decisão que deferiu o levantamento dos R$ 20.981.854,92, já que posterior ("Agravo Interno").

17. Na mesma data – 21.6.2016 –, o Il. Relator MM proferiu despacho determinando o processamento do Agravo Interno e intimando a CC, na figura de Agravado, para pronunciar-se em 15 dias úteis, à luz do quanto previsto no § 2º do art. 1.021 do Código de Processo Civil ("CPC" – Lei 13.105/2015), consignando que somente será possível decidir-se sobre a manutenção ou revogação da decisão agravada proferida pelo Il. Des. NN após o pronunciamento do CC.

18. Em 23.6.2016, o BB protocolou pedido de reconsideração do despacho emanado pelo Il. Des. MM no Agravo Interno, requerendo fosse analisado o pedido liminar formulado na minuta de Agravo Interno e, em caráter subsidiário, fosse o CC intimado para manifestar-se em 48 horas sobre o requerimento liminar, sem prejuízo de apresentação de contraminuta dentro do prazo legal.

19. Após, o Il. Relator rejeitou o pedido de reconsideração de BB, esclarecendo que "não cabe reconsiderar ou reformar o que já foi decidido pela interposição de agravo interno sem pronunciamento da parte adversa, salvo raríssimas exceções (*periculum in mora*) e isso não está demonstrado".

20. Ato seguinte, em 30.6.2016 e 6.7.2016 o Sindicato OO e o Sindicato PP, respectivamente, ofertaram manifestações nos autos do Agravo Interno pugnando pelo indeferimento do pleito realizado pela CC, consubstanciando o pedido na essencialidade dos valores depositados pela HH ao pagamento de verbas trabalhistas. Em 15.7.2016, o FF, na qualidade de assistente litisconsorcial – e CC apresentaram contraminuta ao agravo interno interposto pelo BB pleiteando por seu integral desprovimento.

21. Dada a apresentação da contraminuta ao Agravo Interno por parte de CC, BB ofertou em 21.7.2016 novo pedido de reconsideração para apreciação do pleito liminar realizado na minuta do agravo interno, visando a autorização do levantamento de recursos na recuperação judicial para pagamentos essenciais.

22. Ao mesmo tempo, a D. PGJ elaborou seu parecer para os autos do Agravo de Instrumento 209, opinando pelo provimento integral do recurso interposto pela CC sob os fundamentos de que (i) a extraconcursalidade já havia sido decidida pelo E. TJSP em oportunidades anteriores, uma vez que decidido que a relação jurídica entre as partes não atinge garantia dada a terceiros, de modo que se o Contrato com a HH for revertido em eventuais perdas e danos, a garantia também alcançaria as eventuais

perdas e danos; (ii) a essencialidade dos bens somente poderia recair sobre os bens de capital durante o prazo de suspensão das execuções, com fulcro no art. 49, § 3º da LFRE.

23. No atual momento, os autos do Agravo Interno, dos embargos declaratórios e do Agravo de Instrumento CC encontram-se conclusos com o Il. Relator MM, sem nenhuma pendência de manifestação de qualquer parte, o que justifica a urgência na presente consulta.

24. Atualmente, no processo de recuperação judicial de BB o Plano, apesar de estar depositado em juízo o valor de aproximadamente 34 milhões de reais decorrente do depósito realizado pela HH, o Plano ainda não foi cumprido integralmente, havendo parcelas trabalhistas, de credores quirografários e pequenas empresas em aberto, aguardando-se a definição sobre esses valores. O impacto dessas discussões, somado à crise financeira que abala o Brasil, ocasionou uma greve na fábrica do BB, que hoje se encontra com suas atividades paralisadas.

25. O valor atualmente depositado em juízo – aproximadamente 34 milhões – e retido em razão do Agravo de Instrumento CC seria vital para a superação da crise econômica vivida pelas Recuperandas e, especialmente, para o cumprimento do Plano e pagamento dos credores trabalhistas.

Colocam-se as seguintes questões:

1. O fato de existir uma demanda judicial discutindo os termos da rescisão do Contrato com a HH (ação de produção antecipada de provas) altera, de qualquer forma, as consequências e efeitos jurídicos dessa rescisão frente aos credores (Banco Sindicalizado) que haviam recebido o Contrato em garantia fiduciária? Ou seja, há alguma interferência nos efeitos jurídicos da rescisão do Contrato, especialmente na garantia fiduciária, pela existência de uma ação judicial na qual se discute os termos da rescisão?

2. Rescindido e encerrado o Contrato objeto da garantia fiduciária, na hipótese de esse ser resolvido em perdas e danos em favor do BB, os Bancos Sindicalizados terão direito ao recebimento da eventual indenização, nas proporções fixadas, considerando a alegada garantia fiduciária anteriormente existente?

3. Sob a ótica da legislação civil, da LFRE e do Contrato, considerando a rescisão do Contrato firmado com a HH e suas consequências em relação à garantia fiduciária prestada em favor dos Bancos Sindicalizados, pode prevalecer o entendimento de que quaisquer valores, de qualquer natureza, relacionados ao Contrato, que venham a ser pagos pela HH à BB, depois da rescisão, devam ser revertidos em favor dos Bancos Sindicalizados que detinham a garantia fiduciária?

4. Mesmo na hipótese de ser considerado o crédito dos Bancos Sindicalizados como extraconcursal, a competência também seria do Juízo da Recuperação Judicial para deliberar sobre o patrimônio das empresas Recuperandas, inclusive os valores depositados em juízo pela HH em favor das Recuperandas? É da competência do Juízo da Recuperação Judicial não permitir atos de constrição sob o patrimônio das Recuperandas requeridos por credor extraconcursal?

5. Os recursos depositados nos autos da Recuperação Judicial (valores depositados na recuperação judicial pela HH), independentemente de sua natureza e discussão sobre propriedade, são caracterizados como bens essenciais para as Recuperandas? Considerando a situação econômica das Recuperandas, os recursos depositados são essenciais para recuperação judicial?

6. Ainda que considerado a CC como credor extraconcursal, a essencialidade dos recursos (valores depositados na recuperação judicial pela HH) para a recuperação judicial justifica a utilização dos recursos para cumprimento do Plano e de custos para a manutenção das atividades empresariais?

7. Deve haver compatibilização dos interesses de credores extraconcursais e concursais, para que seja suportado o ônus da recuperação judicial em prol da preservação dos resultados sociais benéficos que decorrem da manutenção da atividade empresarial?

8. A essencialidade de bens somente pode ser caracterizada sobre bens de capital

da BB, como opinou a D. PGJ no parecer elaborado no Agravo de Instrumento 209? Diante das circunstâncias envolvidas no processo de recuperação judicial da BB, os recursos depositados não são tão ou mais essenciais para a recuperação judicial, pela aplicação do § 3º do art. 49 da LFRE?

9. É justificável e acertado o posicionamento de utilização dos recursos para cumprimento das obrigações previstas no Plano, especialmente pagamento de credores trabalhistas, em detrimento da satisfação de um único suposto credor extraconcursal, com base nos parâmetros e princípios previstos da LFRE?

10. Deve apenas um único credor ter seu suposto crédito satisfeito em detrimento de todos os demais credores sujeitos à Recuperação Judicial considerando a essencialidade dos recursos atualmente depositados nos autos da Recuperação Judicial?

II. O parecer

1. Considerações iniciais

A consulta historia amplamente o ocorrido, de modo que vou me cingir a uma breve referência aos fatos pertinentes ao agravo ora *sub judice*, um entre muitos recursos interpostos nos processos de recuperação judicial de empresas da BB. Farei, igualmente, uma incursão pelos temas pertinentes à hipótese, com pontuais remissões ao caso concreto.

DD S.A. cedeu fiduciariamente, em garantia de financiamentos obtidos junto ao EE, ao QQ, que veio a ser sucedido por CC, e FF, créditos decorrentes de contrato de fornecimento firmado com a HH. A garantia fiduciária foi expressamente consignada em cédula de crédito à exportação emitida pela cedente. A cessão fiduciária foi regularmente registrada em Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

As empresas da BB ingressaram com pedido de recuperação judicial em 29.8.2014 e, em data posterior, 1º.12.2014, a HH notificou a DD S.A., comunicando a resilição unilateral do contrato. Mais adiante, em 17.2.2016, a BB pleiteou a liberação, pela HH, da quantia de US$ 23.588.586,75, decorrente de serviços prestados pela DD S.A. nos termos do contrato de fornecimento, e que não poderiam ser compensados, como pretendia a HH, com créditos de que esta eventualmente fosse titular, porque sujeitos à recuperação judicial.

O requerimento foi deferido pelo d. Juízo da Recuperação, e, em cumprimento da ordem, foi depositado o valor de R$ 83.704.100,08. Entende a CC que esses recursos integram a garantia fiduciária que lhe foi prestada, sendo sua, portanto, a titularidade, como credora fiduciária. A recuperanda, ao contrário, postula levantar a quantia depositada, argumentando que, diante da resilição unilateral do contrato originário, a garantia não mais prevalece. Acentua, mais, que esse importe é essencial para o cumprimento das obrigações assumidas no plano de recuperação e, em especial, para o pagamento dos credores trabalhistas, conforme nele previsto.

2. Cessão fiduciária de recebíveis

A Lei de Recuperação de Empresas, ao enumerar, no art. 49, § 3º, os chamados credores proprietários, e consignar que não se sujeitam à recuperação judicial, não incluiu no rol os cessionários fiduciários de crédito. A circunstância suscitou dúvidas de interpretação, formando-se a respeito duas correntes opostas.

Diziam os opositores da exclusão desses créditos que a previsão relativa à alienação fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis não se estendia à cessão fiduciária de créditos. Argumentavam que a proteção limitava-se a quem tivesse o domínio, ainda que resolúvel, de coisa móvel ou imóvel. A cessão fiduciária de direitos creditórios não conferia ao credor o domínio, e sim a titularidade.

Para essa resistência, contribuía, ainda, a circunstância de que, segundo se proclamava, a não sujeição desses créditos à recuperação judicial esvaziava de vez a possibilidade de reerguimento da empresa, uma vez que seus recebíveis ficavam atrelados ao contrato com o banco credor fiduciário, minando o capital de giro da recuperanda.

Veio a prevalecer, no entanto, o entendimento de que, ao referir-se a "proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis", o legislador estava também abrangendo o titular de direito creditório cedido fiduciariamente em garantia, uma vez que esses direitos, por expressa disposição legal, são qualificados como bens móveis. É o que se lê no art. 83, inciso III, do Código Civil, que considera "móveis para os efeitos legais" "os direitos pessoais de caráter patrimonial".

Daí se pode dizer que alienação fiduciária de bens *stricto sensu* e a cessão fiduciária de créditos são espécies do gênero *alienação fiduciária*. Esta se conceitua, no dizer de Melhim Namem Chalhub, como:

> o negócio jurídico pelo qual o devedor, também chamado fiduciante, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de determinada coisa móvel ou da titularidade de direito sobre coisa móvel ou de título de crédito.[1]

Observo, para encerrar este tópico, que a *praxis* costuma chamar de cessão fiduciária de *recebíveis* a essa modalidade negocial. Este o motivo do emprego dessa nomenclatura no subtítulo.

2.1 Cessão de créditos atuais e futuros

Admitida, portanto, a extraconcursalidade da cessão fiduciária de créditos (pois recebem o mesmo tratamento dispensado à alienação fiduciária em garantia de coisas móveis ou imóveis), cabe observar que esses créditos podem ser atuais ou futuros. Tenha-se em vista, a propósito, que os negócios fiduciários de que se cogita implicam a transferência resolúvel da coisa ou do direito ao credor. Assemelham-se, pois, à compra e venda, embora as finalidades sejam distintas. Desse modo, pode-se invocar a regra segundo a qual a "compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura".[2]

No sentido do exposto pode-se invocar lição jurisprudencial contida em acórdão da lavra do Des. Romeu Ricúpero, no qual o eminente Relator, após citar a regra legal acima mencionada, conclui que a cessão fiduciária pode ter por objeto créditos futuros e assevera que:

> Como é evidente, a alienação fiduciária aperfeiçoou-se com o registro do contrato celebrado, ocorrido antes da celebração da recuperação judicial, sendo inteiramente irrelevante que parte de seu objeto seja coisa futura, que só virá a existir depois do ajuizamento da recuperação judicial.[3]

O mesmo dispositivo acima referido (art. 483), assevera, ainda, que, no caso de coisa futura (e, pois, também de crédito futuro), "ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório". Na hipótese, pela própria natureza do negócio, não há falar-se em contrato aleatório. Assim, para que se reconheça a cessão fiduciária de crédito futuro é preciso que este exista, ainda que potencialmente.

Para que a aludida potencialidade ocorra, é preciso que o cumprimento do contrato originário (aquele em que se irá gerar o crédi-

1. Melhim Namem Chalhub, *Negócio Fiduciário*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009, n. 5.2, p. 158.

2. Cf. Código Civil, art. 483.

3. Cf. TJSP, AI 0456721-58.2010.8.26.0000, j. 17.5.2011, v.u., rel. Des. Romeu Ricupero. Este mesmo acórdão foi citado por Francisco Satiro, em percuciente estudo sobre o tema ("Recuperação judicial e a excepcionalidade dos créditos garantidos por cessão fiduciária de créditos futuros", in Ricardo Lupion Garcia (org.), *10 anos da Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresas: inovações, desafios e perspectivas*, Porto Alege, Ed. Fi, 2016, pp. 159-181, esp. pp. 171-172).

to futuro) seja provável. Desse modo, a partir do momento em que aquele contrato deixa de existir, não há geração de novos créditos e, consequentemente, a garantia fiduciária perde sua base fática, e não mais subsiste.

2.2 Aplicação nos processos concursais

É claro que, em se tratando de devedor fiduciante em recuperação judicial, esta especial situação se reflete no exercício dos direitos do credor. Mesmo levando em conta que o credor fiduciário não se submete aos efeitos da recuperação judicial, a própria lei estabelece uma exceção expressa.

Assim é que, durante o *stay period* (que se prolonga por 180 dias a contar do deferimento do processamento da recuperação), não se permite "a venda ou retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial".[4] Durante esse espaço de tempo, tido – em tese – como suficiente para que o plano de recuperação tenha sido discutido e aprovado, e tenha sido encontrada uma solução satisfatória também para os créditos extraconcursais, a satisfação desses últimos estará limitada pela impossibilidade de remoção dos bens essenciais.

A razão de ser da regra é óbvia: permitir que o devedor, mantendo a atividade empresarial, viabilize a preservação da empresa. Na precisa síntese de Rachel Sztajn, "aqui o que se visa é garantir a geração de caixa, preservar empregos, oferecer produtos, bens ou serviços à sociedade".[5]

O objetivo de preservar-se a empresa não se esgota, contudo, no exíguo prazo de seis meses. Concedida judicialmente a recuperação, cabe ao devedor cumprir o que se comprometeu no plano aprovado pelos credores e homologado pelo juiz. Só se poderá afirmar que a finalidade da lei foi atingida se, ao fim do processo, o devedor efetivamente recuperou-se e pôde voltar ao mercado em condições de competitividade.

Em decorrência, permanecendo a mesma justificativa – de preservar a empresa, pela manutenção de bens essenciais ao exercício da atividade empresarial, sem a qual a finalidade da lei não será alcançada – não se pode deixar de convir que, para esse efeito especial, cabe prorrogar o prazo de suspensão. Não há sentido lógico em restringir a 180 dias o período em que se reconhece a necessidade de preservar a empresa, como se, depois disso, esse objetivo pudesse ser posto de lado, mesmo diante de um plano de recuperação em condições de ser cumprido, desde que mantidos, *si et in quantum*, os bens essenciais.

No sentido do exposto manifestam-se Scalzilli, Spinelli e Tellechea, citando, em abono da posição, acórdão do STJ:

> Mesmo na hipótese de o crédito não se sujeitar aos efeitos da recuperação ("crédito imune à recuperação"), como é o caso do crédito do titular da posição de proprietário fiduciário, as ações e execuções permanecerão suspensas com a prorrogação do *stay period*, caso os bens em discussão sejam essenciais à manutenção da atividade produtiva da empresa.[6]

Ora, a interpretação da lei deve levar em conta dois fatores. De um lado, o interesse legítimo do credor fiduciário de receber seu crédito, pela via contratualmente avençada. De outro, os interesses da coletividade de credores, os quais, por óbvio, também fazem jus a almejar a satisfação de seus créditos. Entre eles, o devedor, que, na exata medida

4. LRE, art. 49, § 3º, *in fine*, e art. 6º, § 4º.

5. Comentário ao art. 49, in Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2007, p. 230.

6. João Pedro Scalzilli, Luís Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, *Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*, São Paulo, Almedina, 2016, cap. 11, n. 2.6.1, p. 279. O acórdão citado foi proferido pela 2ª Seção no AgRg no CC 119337-MG, rel. Min. Raul Araújo, j. 8.2.2012.

do convencionado no plano de recuperação, assume a obrigação de cumprir os compromissos assumidos com todos os credores.

Neste ponto, cabe notar que todos aqueles direta ou indiretamente envolvidos no processo concursal, como credores a ele sujeitos ou não, devem levar em consideração a situação de crise econômico-financeira do devedor. Sabem, portanto, que seus créditos não poderão ser, como regra, pagos nas condições originalmente estabelecidas.

Assinalam, a propósito, Luís Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos, que:

> Em suma, o fato de o crédito fiduciário não se submeter à recuperação judicial não torna o credor livre para satisfazê-lo de imediato e ao seu talante. Preservam-se o valor do crédito e a garantia prestada, mas se veda a realização da garantia em prejuízo da recuperação.[7]

Observam esses Autores que a jurisprudência do STJ firmou-se sem a ressalva acima expressa. Cabe consignar, no entanto, que, em julgado recente, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu no sentido da prorrogação do *stay period*, a fim de evitar a constrição de bens essenciais à atividade da recuperanda. Consta da ementa o seguinte trecho:

> A despeito do art. 6º, § 4º, da Lei 11.101/2005 assegurar o direito de os credores prosseguirem com seus pleitos individuais passado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias da data em que deferido o processamento da recuperação judicial, a jurisprudência desta Corte tem mitigado sua aplicação, tendo em vista tal determinação se mostrar de difícil conciliação com o escopo maior de implementação do plano de recuperação da empresa. Precedentes.[8]

De tudo se infere que (i) o *stay period* pode ser prorrogado, quando tal medida se justificar para manter na posse do devedor bens essenciais ao cumprimento do plano e à preservação da empresa; (ii) a extensão do período aplica-se igualmente a credores não sujeitos à recuperação judicial; (iii) é, pois, aplicável aos casos de alienação fiduciária; (iv) entre estes, a cessão fiduciária de direitos creditórios.

Não será fora da sequência desta exposição, afirmar, desde logo, que, na hipótese *sub judice*, o prazo de 180 dias pode ser estendido, desde que se trate de bem essencial.

2.3 Bens essenciais à atividade empresarial

Como já se mencionou, não é permitida, no *stay period* (que, segundo se tem entendido, pode ser prorrogado), "a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial". É o que se lê na parte final do art. 49, § 3º, da LRE. Cabe agora precisar quais são esses bens.

Scalzilli, Spinelli e Tellechea, após fazerem referência a ter o legislador usado a expressão "bens de capital" "da forma mais ampla possível", compreendendo "aqueles tangíveis de produção, como prédios, máquinas, equipamentos, ferramentas e veículos, entre outros empregados, direta ou indiretamente, na cadeia produtiva da recuperanda".[9] Não se pretende, aqui, discutir o exato conceito de bens de capital, mas sim como este deve ser interpretado, no contexto legal em que a norma se insere.

A propósito dessa interpretação, é contundente a posição assumida por Manoel Justino Bezerra Filho, para quem:

> Qualquer bem objeto de alienação fiduciária, arrendamento mercantil ou reserva

7. Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos, *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: teoria e prática*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, cap. VI, n. 7, p. 235.

8. Cf. STJ, AgRg no Conflito de Competência 143.802-SP, j. 13.4.2016, v.u., rel. Min. Marco Aurélio Bellize.

9. João Pedro Scalzilli, Luís Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, *Recuperação de Empresas e Falência...*, cit., cap. 11, n. 2.6.6, p. 286.

> de domínio deve ser entendido como essencial à atividade empresarial, até porque, adquirido pela sociedade empresária, somente pode ser destinado à atividade exercida pela empresa. Este caráter de essencialidade, em caso de empresa em recuperação, deve permitir um entendimento mais abrangente do que aquele normalmente aplicado.[10]

Nem poderia ser diferente, uma vez que a expressão não pode ser lida isoladamente. O fator predominante é a essencialidade desse bem para a atividade empresarial desenvolvida pelo devedor. Sem ele, não terá como a recuperanda manter-se ativa, e paralisada não terá como cumprir a finalidade buscada pelo legislador.

Bem por isso, lembra Fábio Ulhoa Coelho a paralisação das atividades empresariais como critério "definidor dos bens de produção", e cita em seu abono julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo.[11]

2.4 Competência do juízo da recuperação

Os créditos extraconcursais não são sujeitos à recuperação judicial e, portanto, as pretensões a eles referentes não se submetem ao juízo da recuperação. Daí pode decorrer problemas concretos, especialmente quanto a atos de constrição judicial, atingindo bens essenciais à atividade empresarial, a ponto de inviabilizar o cumprimento do plano de recuperação.

O Judiciário, chamado a decidir essa questão, sedimentou entendimento no sentido de que a palavra final a respeito de atos de constrição, mesmo em se tratando de créditos extraconcursais, pertence ao Juízo da recuperação. Ou seja: esses credores podem exercer normalmente seus direitos, e vê-los reconhecidos. A satisfação de seus créditos no entanto, fica na dependência de decisão favorável do Juízo da recuperação. Este, com efeito, tem visão ampla sobre o patrimônio do devedor, o que não acontece nas execuções singulares. Sabe, portanto, se o bem pretendido é ou não essencial para o êxito da recuperação.

Para confirmar a assertiva acima, podem ser mencionados alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça. Assim, o caráter pacífico da jurisprudência foi enfatizado ao definir "a competência do Juízo universal para analisar e deliberar os atos constritivos ou de alienação, ainda quando em sede de execução fiscal, desde que deferido o pedido de recuperação judicial".[12]

Por outro lado, em acórdão já citado acima,[13] a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por votação unânime, consignou que, tratando-se de bens essenciais à atividade econômico-produtiva, os bens essenciais devem permanecer com a recuperanda, sendo competente para analisar a hipótese o juízo da recuperação.

A solução em tela abrange mesmo credores não sujeitos à recuperação judicial, como os trabalhistas e os fiscais. Para exemplificar, entre tantos precedentes, faço referência a acórdão unânime da Quarta Turma do STJ, que consignou não poderem esses credores "expropriar bens essenciais à atividade empresarial".[14]

Evidentemente, o que acima se afirmou aplica-se aos credores fiduciários. Asseveram, a propósito, Luís Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos, que, face ao:

10. Fabio Ulhôa Coelho, *Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo*, 11ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2016, com. ao art. 49, p. 163.

11. José Francelino de Araújo, *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas,* 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, com. ao art. 49, n. 103-A, p. 192. O acórdão citado foi proferido no AI 1.227.167-0/3, e teve a relatoria do Des. Gomes Varjão.

12. Cf. STJ, AgRg no Conflito de Competência 120.642-RS, j. 22.10.2014, v.u., rel. Min. João Otávio de Noronha.

13. Cf. STJ, AgRg no Conflito de Competência n. 143.802-SP, j. 13.4.2016, v.u., rel. Min. Marco Aurélio Bellize.

14. Cf. STJ, REsp 1.298.670-MS, j. 21.5.2015, rel. Min. Luís Felipe Salomão.

> imperativo maior da preservação da empresa, (...) é o Juízo da recuperação que vai ponderar, em cada caso, os interesses em conflito, o de preservar a empresa, mediante a retenção de bens essenciais ao seu funcionamento, e o de satisfação do crédito tido pela Lei como de especialíssima importância.

A lição referida assume particular relevância no caso em exame, em que se discute exatamente se é o cessionário fiduciário que faz jus ao levantamento da quantia depositada, ou se esses recursos, qualificados como essenciais para comprimento do plano de recuperação, devem ser liberados, com as cautelas de estilo, para a recuperanda.

3. A bússola: a preservação da empresa

Dispensável, para o objetivo deste parecer, tecer considerações acerca do princípio da preservação da empresa. O tema é mais do que conhecido.

Cumpre, tão somente, lembrar que a preservação da atividade empresarial foi erigida pelo legislador à categoria de princípio maior da recuperação judicial. Para definir a Lei 11.101/2005 em poucas palavras, basta dizer que foi editada visando a propiciar às empresas em dificuldades econômico-financeiras a solução jurídica para que possam voltar, recuperadas, ao mercado, desde que essa alternativa se mostre viável. Em consequência, essa finalidade máxima deve perpassar todas as fases do processo recuperacional, e iluminar a interpretação das regras jurídicas a serem aplicadas.

Assim sendo, a norma legal em que, de modo expresso, se consignou a preservação da empresa como o fim a ser perseguido (art. 47 da Lei 11.101/2005), é considerado o dispositivo nuclear desse diploma, irradiando efeitos sobre todos os demais artigos da Lei. Evidentemente, não irá substituí-los, nem muito menos contrariá-los, porém não se pode deixar de convir que a interpretação de cada um deles deve levar em conta o princípio da recuperação da empresa.

Não há hierarquia entre princípios e normas, uma vez que eles desempenham "funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e outra sem a uma", como ensina Humberto Ávila. Os princípios não se destinam a soluções de casos específicos, função atribuída às normas, as quais, embora gerais e abstratas, regulam situações concretas. Aos princípios, no entanto, incumbe trazer fundamentos, de natureza sistemática, contribuindo "para a tomada de decisão" acrescenta o mesmo Autor.[15]

De tudo se depreende que a questão referente à satisfação do crédito do cessionário fiduciário – debatida neste processo – deve ser dirimida à luz do princípio da preservação da empresa, que não colide com as disposições atinentes aos direitos do credor, mas dá-lhes um enfoque condizente com a situação jurídica do devedor.

4. Respostas aos quesitos

4.1 Ao primeiro quesito, "O fato de existir uma demanda judicial discutindo os termos da rescisão do Contrato com a HH (ação de produção antecipada de provas) altera, de qualquer forma, as consequências e efeitos jurídicos dessa rescisão frente aos credores (Banco Sindicalizado) que haviam recebido o Contrato em garantia fiduciária? Ou seja, há alguma interferência nos efeitos jurídicos da rescisão do Contrato, especialmente na garantia fiduciária, pela existência de uma ação judicial na qual se discute os termos da rescisão?", *respondo que não, absolutamente*.

15. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 11ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2010, respectivamente pp. 121 e 184 [17ª ed., revista e atualizada, São Paulo, Malheiros Editores, 2016, pp. 148 e 226].

Segundo informou o Consulente, diante da resilição unilateral pela HH do contrato de fornecimento, a providência processual tomada foi a propositura de medida cautelar de produção antecipada de provas, visando futura demanda de cunho indenizatório. A via escolhida para tanto é a arbitral. O procedimento arbitral ainda não foi instaurado.

Conforme consta da contraminuta do agravo, não se pretende, pela arbitragem ou qualquer outra ação judicial, "a retomada ou manutenção do contrato" (cf. f. 1.050). O que a BB tem em vista é o recebimento de indenização, pelos prejuízos sofridos em decorrência da resilição do contrato. Como se vê, a existência dessas demandas em nada interfere na discussão relativa aos direitos creditórios invocados pela CC. Nenhum crédito derivado do objeto do contrato de fornecimento será reconhecido por esse meio.

Os créditos cedidos fiduciariamente são aqueles gerados pelo cumprimento do contrato originário. A DD S.A. comprometeu-se a prestar serviços, fazendo jus, em contrapartida, a ser remunerada pela HH. Esses créditos, decorrentes dos serviços prestados, é que foram cedidos fiduciariamente. Não há como confundi-los com a indenização buscada na arbitragem a ser requerida.

Note-se, mais, que a BB não almeja dar continuidade ao contrato de fornecimento, que foi definitivamente extinto. Com essa extinção, a geração de créditos tornou-se obviamente impossível.

4.2 Ao segundo quesito, "Rescindido e encerrado o Contrato objeto da garantia fiduciária, na hipótese de esse ser resolvido em perdas e danos em favor da BB, os Bancos Sindicalizados terão direito ao recebimento da eventual indenização, nas proporções fixadas, considerando a alegada garantia fiduciária anteriormente existente?", *reitero a resposta anterior: não.*

Reporto-me aos termos da resposta anterior, uma vez que eventual indenização que vier a ser recebida pela BB em razão do rompimento do contrato por iniciativa exclusiva da HH, não se confunde com os créditos gerados na vigência do contrato. Estes é que foram objeto de garantia.

4.3 Ao terceiro quesito, "Sob a ótica da legislação civil, da LFRE e do Contrato, considerando a rescisão do Contrato firmado com a HH e suas consequências em relação à garantia fiduciária prestada em favor dos Bancos Sindicalizados, pode prevalecer o entendimento de que quaisquer valores, de qualquer natureza, relacionados ao Contrato, que venham a ser pagos pela HH à BB, depois da rescisão, devam ser revertidos em favor dos Bancos Sindicalizados que detinham a garantia fiduciária?", *respondo como segue.*

No caso dos autos, o valor em disputa corresponde a crédito decorrente do contrato originário, depositado por ordem judicial em atendimento a pedido da recuperanda.

Ocorre, no entanto, que a particular situação jurídica da cedente exige que se dê atenção maior ao caso. Devem ser ponderados os interesses do credor e as consequências que decorrerão da satisfação de seu crédito no tocante ao cumprimento do plano de recuperação judicial. Se os recursos impedirem o sucesso do processo recuperacional, se forem indispensáveis à superação da crise da devedora, não se justifica que, em benefício de um único credor todos os demais sejam prejudicados, e se inviabilize a recuperação.

Note-se que a cessão de direitos creditórios, como todo negócio jurídico, deve ser analisada nos planos da existência, validade e eficácia. Ensina Antônio Junqueira de Azevedo que esses são "os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização".[16] Para tanto,

16. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 24.

é preciso que estejam presentes os elementos de existência, os requisitos de validade e os fatores de eficácia.

No caso em exame, pode-se reconhecer a existência e a validade da cessão fiduciária de créditos. Não são aqui discutidos esses pontos. Cumpre questionar, entretanto, o atendimento dos fatores de eficácia. O negócio pode ser existente e válido, mas, na hipótese, não se tem como admitir sua eficácia relativamente à recuperação judicial. E isto pelo simples, mas poderoso motivo, de que, enquanto os recursos pleiteados pelo credor forem essenciais para a sobrevivência da recuperanda, a eficácia do negócio deverá ser contida. Em situação de plena normalidade, a cessão produziria efeitos igualmente plenos. Na recuperação judicial, a eficácia, na situação retratada, não pode ser reconhecida. Não será demais enfatizar: *in casu*, a cessão fiduciária é ineficaz em relação à cedente, em razão da essencialidade desses recursos para o cumprimento do plano de recuperação.

Quanto a outros valores, que venham a ser pagos pela HH, após a extinção do contrato pela resilição unilateral, a exemplo da indenização postulada pela recuperanda, não há como submetê-los ao regime da cessão fiduciária, na medida em que não tiverem sido gerados na vigência da relação contratual originária.

4.4 Ao quarto quesito, "Mesmo na hipótese de ser considerado o crédito dos Bancos Sindicalizados como extraconcursal, a competência também seria do Juízo da Recuperação Judicial para deliberar sobre o patrimônio das empresas Recuperandas, inclusive os valores depositados em juízo pela HH em favor das Recuperandas? É da competência do Juízo da Recuperação Judicial não permitir atos de constrição sob o patrimônio das Recuperandas requeridos por credor extraconcursal?", *respondo afirmativamente, sem dúvida alguma, a ambas as indagações*.

Reporto-me, nesta resposta, ao item 2.4, acima. É hoje entendimento remansoso do Superior Tribunal de Justiça ser da competência do Juízo da recuperação a análise de todos os casos em que se pleiteie a constrição de bens da recuperanda. Mesmo em se tratando de credores extraconcursais, mesmo que a pretensão destes tiver sido deduzida perante outras jurisdições (como a trabalhista e a fiscal), a satisfação dos créditos só poderá dar-se com a autorização do Juízo da recuperação.

Com efeito, somente o Juízo da recuperação terá uma visão abrangente da situação patrimonial do devedor, e poderá, desse modo, decidir abalizadamente se a constrição pedida afetará ou não o êxito do processo recuperacional, valor maior a ser atingido, pois representará a preservação da empresa. Se o bem for essencial à recuperação, sua constrição não poderá ser autorizada.

4.5 Ao quinto quesito, "Os recursos depositados nos autos da Recuperação Judicial (valores depositados na recuperação judicial pela HH), independentemente de sua natureza e discussão sobre propriedade, são caracterizados como bens essenciais para as Recuperandas? Considerando a situação econômica das Recuperandas, os recursos depositados são essenciais para recuperação judicial?", *respondo categoricamente que sim*.

Cumpre lembrar, antes de mais nada, que os direitos de crédito são legalmente qualificados como bens móveis, nos termos do art. 83, inc. III, do Código Civil. Exatamente por isso a cessão fiduciária de créditos está compreendida na previsão contida no art. 49, § 3º, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Assim, os recursos financeiros, sobre os quais incidem os direitos creditórios, serão ou não considerados essenciais, conforme o caso. Aplica-se a eles, portanto, toda a construção doutrinária e jurisprudencial aferente à manutenção dos bens essenciais na posse do devedor.

Na espécie *sub judice*, os recursos depositados nos autos pela HH, sobre os quais

se discute, são absolutamente necessários à sobrevivência da recuperanda. A retomada de suas atividades depende desses recursos, que serão destinados precipuamente, consoante previsto no plano de recuperação, ao pagamento dos credores trabalhistas, que estão sem receber há algum tempo, o que provoca problemas sociais que não podem ser desconsiderados. A essencialidade desses recursos é evidente. Sem eles, a recuperação judicial não será atingida, e os trabalhadores não serão pagos.

Na hipótese, mostra-se bem nítida a distinção a ser feita entre o interesse individual do credor ao recebimento de seu crédito e o interesse coletivo dos demais credores, que também almejam ser satisfeitos, na medida prevista no plano de recuperação judicialmente homologado. Ou se paga um único credor, e a empresa fecha suas portas, ou se possibilita a recuperação do devedor. Entre esses dois pesos, a opção do legislador, reconhecida pela jurisprudência, é claramente favorável à preservação da empresa.

4.6 Ao sexto quesito, "Ainda que considerado o CC como credor extraconcursal, a essencialidade dos recursos (valores depositados na recuperação judicial pela HH) para a recuperação judicial justifica a utilização dos recursos para cumprimento do Plano e de custos para a manutenção das atividades empresariais?", *respondo que sim, justifica plenamente.*

Como se viu, e como é tranquilo na jurisprudência, a essencialidade deve ser aferida mesmo quando se tratar de credor extraconcursal. Este, é certo, não se sujeita à recuperação judicial, não consta necessariamente do plano apresentado pelo devedor, pode ajuizar a ação a que faça jus, e nela obter o reconhecimento de seu crédito. Não lhe é permitido, contudo, buscar a satisfação de seu crédito fora do âmbito da recuperação judicial.

A solução é exatamente igual para o credor fiduciário. Do mesmo modo que a coisa objeto de alienação fiduciária em garantia não pode ser, na recuperação judicial, atribuída ao credor, assim deixando de estar na posse direta exercitada pelo devedor fiduciante, quando este bem for essencial para o cumprimento do plano e o prosseguimento da atividade empresarial, também para o cessionário fiduciário igual regra se aplica. Em ambas as situações é de alienação fiduciária em garantia que se trata. Não há porque ser diferente o tratamento jurídico.

No presente caso, é indiscutível a essencialidade dos recursos depositados para que chegue a bom termo a recuperação judicial.

4.7 Ao sétimo quesito, "Deve haver compatibilização dos interesses de credores extraconcursais e concursais, para que seja suportado o ônus da recuperação judicial em prol da preservação dos resultados sociais benéficos que decorrem da manutenção da atividade empresarial?", *respondo, convictamente, que sim.*

A questão foi bem colocada. Efetivamente, em todos os processos aplicáveis às empresas em crise, tanto na falência quanto na recuperação judicial ou extrajudicial, parte-se do pressuposto de que, em razão dos problemas enfrentados pelo devedor, não terá ele condição de solver suas obrigações nos termos e nas condições avençadas.

Os remédios legais disponíveis no ordenamento jurídico preveem basicamente, na falência, a realização dos ativos do falido e, com o resultado, o pagamento possível dos credores. Na recuperação, o que se estabelece é a apresentação de uma proposta pela recuperanda, discutida com os credores, por eles aprovada, e submetida ao crivo judicial. O que os credores e o devedor têm em comum, nos dois regimes, é o ônus de suportar os efeitos materiais da crise.

Ora, a atenuação desse ônus pode dar-se com a compatibilização dos interesses de todos os credores, concursais e extraconcursais. A situação jurídica do devedor conduz naturalmente a essa alternativa. Quanto aos credores concursais, o simples fato de esta-

rem todos sujeitos a um único plano, a ser submetido a eles, já leva a uma deliberação comum. Ainda que nem todos tenham votado favoravelmente ao plano, este obriga a todos. Acomodam-se os múltiplos interesses, embora sejam eles tão diversificados.

No tocante aos credores extraconcursais, os poderes conferidos ao Juízo da recuperação, para decidir acerca da parcela do patrimônio do devedor que pode ser objeto de constrição para a satisfação dos créditos não sujeitos à recuperação judicial, propicia igualmente a compatibilização dos interesses. Sempre tendo como norte a preservação da empresa.

4.8 Ao oitavo quesito, "A essencialidade de bens somente pode ser caracterizada sobre bens de capital da BB, como opinou a D. PGJ no parecer elaborado no Agravo de Instrumento 209? Diante das circunstâncias envolvidas no processo de recuperação judicial da BB, os recursos depositados não são tão ou mais essenciais para a recuperação judicial, pela aplicação do § 3º do art. 49 da LFRE?", *respondo negativamente à primeira indagação e positivamente à segunda.*

O caráter essencial dos bens é diretamente relacionado, como se viu, à atividade empresarial. Sem que esta se desenvolva normalmente, a finalidade da recuperação não é atingida e a empresa não é preservada. O legislador reconhece que os bens de capital (ou seja, aqueles ativos adquiridos para a produção e não destinados à circulação) devem ser, nos termos previstos no art. 49, § 3º, *in fine*, da Lei 11.101/2005, mantidos na posse do devedor, quando essenciais à atividade empresarial.

O conceito estrito de bens de capital não atende às exigências ditadas pela aplicação da recuperação judicial. Há outros bens que são tão essenciais quanto os de capital, e que não estão compreendidos no conceito em tela. Este pode servir muito bem para os propósitos das ciências contábeis, porém não se ajusta aos objetivos visados pelo legislador.

A interpretação jurídica deve levar em conta a função da norma legal, e esta tem em vista, indubitavelmente, a preservação da empresa. Aqui não se cuida de um retrato estático da situação da empresa, pelos números constantes do balanço, mas sim de uma visão dinâmica, em que se mostra a empresa em movimento, na peculiar atividade a que se propõe. Bem por isso, dá-se muita importância ao *going concern value*, à empresa em atividade, cujo valor supera o de seus bens, ainda que considerados em conjunto.

Ora, se o que se pretende é resguardar os bens essenciais à atividade empresarial, não se pode deixar de convir que o conceito de bens de capital, para os fins ora em discussão, deve ser flexibilizado.

Reporto-me, no mais, ao item 2.3, acima.

Por outro lado, o quesito indaga, ainda, se os recursos depositados neste processo de recuperação são também essenciais. Na resposta ao sexto quesito, concluí ser "indiscutível a essencialidade dos recursos depositados para que chegue a bom termo a recuperação judicial". As considerações ali tecidas são neste ponto reiteradas.

4.9 Ao nono quesito, "É justificável e acertado o posicionamento de utilização dos recursos para cumprimento das obrigações previstas no Plano, especialmente pagamento de credores trabalhistas, em detrimento da satisfação de um único suposto credor extraconcursal, com base nos parâmetros e princípios previstos da LFRE?", *respondo afirmativamente.*

O juiz, ao sopesar os interesses em confronto, deve levar em consideração que o interesse de um único credor não pode se contrapor ao da coletividade de credores, especialmente quando a satisfação daquele acarreta o prejuízo destes. Nos processos concursais, a visão deve ampliar-se, não se restringindo a uma só relação de débito e crédito, para abranger a situação patrimonial do devedor, o que ele pode oferecer aos seus

credores, e quais as perspectivas de reerguimento da empresa.

Na hipótese em tela, os recursos em discussão são de tal modo necessários, como se acentuou na resposta ao quesito 4.5, que sem eles a recuperanda não poderá dar sequência à atividade empresarial.

4.10 Ao décimo quesito, "Deve apenas um único credor ter seu suposto crédito satisfeito em detrimento de todos os demais credores sujeitos à Recuperação Judicial considerando a essencialidade dos recursos atualmente depositados nos autos da Recuperação Judicial?", *reafirmo que isso não pode acontecer.*

Os recursos acima mencionados são absolutamente indispensáveis para o cumprimento do plano, e em especial para o pagamento dos credores trabalhistas. O benefício de um único credor levaria ao prejuízo de todos os demais e inviabilizaria o cumprimento do plano.

A especificidade deste caso, acentuada neste parecer, mostra que não pode aqui prevalecer uma interpretação meramente formalista e literal. O art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942) mostra o caminho: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". A jurisprudência vem correspondendo a essa proposição, adequando as arestas da Lei de Recuperação de Empresas e Falência às finalidades buscadas pelo legislador.

São Paulo, 29 de agosto de 2016.