

FIANÇA BANCÁRIA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: MUDANÇAS RECENTES NO ENTENDIMENTO DO STJ

*BANK SURETY IN JUDICIAL REORGANIZATION: RECENT
CHANGES IN THE STJ'S UNDERSTANDING*

Caio de Magalhães Brega (Universidade de São Paulo - USP)⁴⁸⁸

Augusto Corazza Marques (Universidade de São Paulo - USP)⁴⁸⁹

Resumo: Em 2024, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) mudou seu entendimento a respeito do tratamento dado ao crédito do banco fiador que se sub-roga em dívida sujeita à recuperação judicial. Anteriormente, o tribunal seguia a posição firmada no âmbito do recurso especial nº 1.860.368/SP, em que se entendeu que o crédito do fiador não se sujeitaria à recuperação judicial. Com o julgamento do recurso especial nº 2.123.959/GO, em agosto de 2024, passou-se a adotar o entendimento oposto. O objetivo deste trabalho é analisar o movimento da jurisprudência por meio do estudo das regras de sub rogação do Código Civil e do marco temporal para a sujeição de créditos à recuperação judicial, previsto na Lei nº 11.101/2005. Ao final, concluímos que a mudança jurisprudencial foi adequada, sob a perspectiva do direito civil, uma vez que a sub-rogação não faz surgir um crédito até então inexistente, mas tão somente altera o polo ativo do crédito anterior, que mantém seus atributos originais. Além disso, a nova posição do STJ se coaduna com a interpretação sistemática e teleológica da Lei nº 11.101/2005, que visa a incentivar o fornecimento de novos recursos à devedora e, ao mesmo tempo, permitir que as dívidas preexistentes da recuperanda sejam novadas pelo plano de recuperação judicial.

488 Graduando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2021-2025). Estagiário do escritório E. Munhoz Advogados desde 2022.

489 Graduando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2021-2025). Estagiário do escritório E. Munhoz Advogados desde 2022.

Palavras-chave: direito comercial; recuperação judicial; jurisprudência; Superior Tribunal de Justiça (STJ); fiança bancária; sub-rogação; fato gerador.

Abstract: In 2024, the *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) changed its understanding regarding the treatment given to a guarantor bank's claim that is subrogated to a debt subject to judicial reorganization. Previously, the court followed the position established in special appeal number 1.860.368/SP, in which it was understood that the credit of the guarantor would not be subject to judicial reorganization. With the judgment of special appeal number 2.123.959/GO, in August 2024, the opposite position was adopted. The goal of this paper is to analyze the movement in case law by studying the subrogation rules of the Brazilian Civil Code and the time frame for subjecting claims to judicial reorganization, provided for in Law 11.101/2005. In the end, we conclude that the change in case law was appropriate from a civil law perspective, since subrogation does not create a previously non-existent claim, but only changes the active position of the previous claim, which retains its original attributes. In addition, the STJ's new position is in line with the systematic and teleological interpretation of Law 11.101/2005, which aims to encourage the provision of new resources to the debtor and, at the same time, allow the debtor's pre-existing debts to be novated by the judicial reorganization plan.

Keywords: corporate law; judicial reorganization; case law; *Superior Tribunal de Justiça* (STJ); bank surety; subrogation; triggering event.

1. Introdução. 2. Entendimento superado. Recurso Especial N° 1.860.368/SP. 3. Novo entendimento. Recurso Especial N° 2.123.959/GO; 4. Análise da mudança jurisprudencial. 4.1. Fiança bancária; 4.2. A sub-rogação sob a perspectiva do direito civil; 4.3. Análise sistemática e teleológica da sub-rogação conforme a LFR. 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

O credor sujeito à recuperação judicial conserva seus direitos contra fiadores e coobrigados, conforme o art. 49, § 1º, da Lei nº 11.101/2005 (LFR)⁴⁹⁰. No entanto, o fiador que paga uma dívida sujeita à recuperação judicial passa a ser credor do devedor principal – ou seja, credor da recuperanda. Quando isso ocorre, é preciso estabelecer qual o fato gerador do crédito titularizado pelo fiador para que se determine se ele se sujeita ou não à recuperação judicial⁴⁹¹.

Em maio de 2020, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que o fato gerador do crédito do fiador em face do afiançado, decorrente do acionamento da fiança, seria o pagamento, pelo fiador, da dívida inadimplida pelo devedor principal⁴⁹². O crédito em questão foi excluído dos efeitos da recuperação judicial porque, no caso concreto, seu fato gerador seria posterior ao pedido de recuperação judicial.

Esse entendimento foi replicado em ao menos dois outros acórdãos do STJ nos anos seguintes⁴⁹³, mas mudou com o julgamento do recurso especial (REsp) nº 2.123.959/GO, em agosto de 2024, de relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva⁴⁹⁴. Neste caso, a

490 “Art. 49. § 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.”

491 A sujeição de créditos à recuperação judicial é determinada pela regra do *caput* do art. 49 da LFR: “Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”. A interpretação do art. 49 é norteadada pela tese firmada Tema Repetitivo nº 1.051 do STJ, que estabeleceu que “para o fim de submissão aos efeitos da recuperação judicial, considera-se que a existência do crédito é determinada pela data em que ocorreu o seu fato gerador”. Assim, submete-se à recuperação judicial o crédito cujo fato gerador é anterior ao pedido de recuperação judicial, ao passo que o crédito cujo fato gerador é posterior ao pedido é considerado não sujeito.

492 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.860.368/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 05.05.2020, DJe 11.05.2020.

493 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp nº 1.287.497/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. em 01.03.2021, DJe 03.03.2021; STJ, AgInt no REsp nº 2.078.245/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, 3ª Turma, j. em 08.04.2024, DJe 12.04.2024.

494 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 2.123.959/GO, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. em 13.08.2024, DJe 28.08.2024.

Terceira Turma considerou que o fato gerador do crédito do fiador seria o mesmo fato gerador do crédito garantido, uma vez que o pagamento da fiança tão somente alteraria o polo ativo da relação creditícia existente, sem gerar um novo crédito em favor do fiador. Apenas a ministra Nancy Andrighi declarou voto em sentido contrário, em que rechaçou a mudança de entendimento e reiterou os fundamentos do voto proferido no julgamento do REsp nº 1.860.368/SP.

O novo entendimento da Terceira Turma foi replicado em outro julgado recente⁴⁹⁵, que faz referência ao acórdão proferido no âmbito do REsp nº 2.123.959/GO. Apesar de tratar de seguro-garantia, não de fiança bancária, o acórdão se aproveita da fundamentação do REsp nº 2.123.959/GO referente à sub-rogação em crédito sujeito à recuperação judicial.

Este artigo é fruto de um estudo da fiança bancária na recuperação judicial à luz dos acórdãos recentemente proferidos pelo STJ que tratam do tema e está dividido em três seções. No próximo capítulo, será exposto o entendimento firmado pelo STJ no REsp nº 1.860.368/SP. No capítulo seguinte, explica-se a mudança de posicionamento com o REsp nº 2.123.959/GO. Em seguida, será realizada uma análise mais abrangente do tema sob a perspectiva das regras de direito civil e da sistemática da LFR.

Ao final, concluímos que o novo entendimento, adotado no voto vencedor do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, está em harmonia com o sistema jurídico brasileiro e deve ser adotado pelos tribunais quando se discutir a sujeição do crédito do fiador que paga crédito sujeito à recuperação judicial.

495 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp nº 2.542.338/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, j. em 16.09.2024, DJe 18.09.2024.

2. ENTENDIMENTO SUPERADO. RECURSO ESPECIAL Nº 1.860.368/SP

O REsp nº 1.860.368/SP trata de sociedade que, antes de pedir recuperação judicial, havia contratado fianças bancárias para garantir suas dívidas. Quando os credores acionaram as garantias, logo após o pedido de recuperação, o banco fiador realizou o pagamento das dívidas, tornou-se credor da recuperanda e passou a buscar a inclusão de seus créditos na relação de credores da devedora.

Tanto o juízo de primeira instância quanto a Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) negaram o pedido de habilitação do crédito, por entender que ele se constituía apenas no momento do pagamento da dívida pelo banco fiador, após o pedido de recuperação judicial. Diante disso, para obter o reconhecimento da submissão do crédito do banco fiador à sua recuperação judicial, a devedora interpôs o recurso especial em análise.

Em maio de 2020, a Terceira Turma do STJ negou provimento ao recurso especial e decidiu, por unanimidade, que o crédito do banco recorrido não se sujeitaria aos efeitos da recuperação judicial. Isso porque, embora derivado de uma garantia pessoal prestada antes do pedido de recuperação judicial, o crédito só teria se constituído quando o fiador pagou a dívida.

Em seu voto, a ministra relatora Nancy Andrichi argumenta que a relação jurídica entre fiador e afiançado estabelecida pelo contrato de fiança não se confundiria com a relação que surge entre eles quando o fiador paga a dívida. A obrigação que o contrato de fiança cria para o fiador possuiria caráter meramente acessório e potencial, sem que dela decorresse um “dever jurídico de caráter patrimonial” em favor do fiador. Esse dever jurídico só surgiria com o pagamento da dívida pelo fiador, que, na visão da relatora, criaria uma relação obrigacional até então inexistente entre o fiador e o afiançado.

Assim, a data do pagamento pelo fiador – posterior ao pedido de recuperação judicial – foi considerada como fato gerador do crédito, o

que levou a Terceira Turma a concluir por sua não sujeição aos efeitos da recuperação judicial.

3. NOVO ENTENDIMENTO. RECURSO ESPECIAL Nº 2.123.959/GO

O REsp nº 2.123.959/GO, assim como o REsp nº 1.860.368/SP, trata da sujeição do crédito de um banco que outorgou cartas de fiança a duas dívidas. Ambas as dívidas haviam sido contraídas antes do pedido de recuperação judicial da devedora, e as cartas de fiança também foram concedidas antes da data do pedido.

Durante a recuperação judicial, ambos os beneficiários das fianças – credores da recuperanda – acionaram suas garantias pessoais e exigiram o pagamento das dívidas pelo banco fiador. A dívida foi paga e, com isso, o banco se tornou credor da recuperanda. Ato contínuo, a devedora ajuizou impugnação de crédito para incluir o crédito do banco em sua relação de credores e pagá-lo nos termos de seu plano de recuperação judicial.

A impugnação foi acolhida em primeiro grau, com o reconhecimento da sujeição do crédito à recuperação judicial. O banco interpôs agravo de instrumento contra a decisão que julgou a impugnação de crédito procedente, e a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO) deu provimento ao recurso, por unanimidade, por entender que o crédito não se submeteria à recuperação judicial.

Contra esse acórdão, a recuperanda interpôs recurso especial, julgado pela Terceira Turma do STJ em agosto de 2024. Por maioria, foi dado provimento ao recurso para determinar que o crédito do banco se sujeitaria aos efeitos da recuperação judicial.

O ministro relator Ricardo Villas Bôas Cueva reconheceu a existência do entendimento firmado no REsp nº 1.860.368/SP, mas entendeu que seria necessária “uma nova discussão acerca do tema”. O ministro iniciou seu voto apontando que “a data em que o crédito

se torna exigível é irrelevante” para apurar se o crédito se submete à recuperação judicial.

Conforme o art. 49 da LFR e a jurisprudência do STJ, “a data de existência do crédito para o fim de submissão aos efeitos da recuperação judicial é a data de seu fato gerador”.

Em seguida, o relator apontou que a dívida original, paga pelo fiador, havia sido contraída antes do pedido de recuperação judicial da devedora, de modo que seu fato gerador seria inequivocamente anterior ao pedido. As cartas de fiança, como visto, também haviam sido outorgadas antes do ajuizamento da recuperação judicial.

Com o pagamento da fiança, o fiador se sub-roga nos direitos do credor original. A sub-rogação não extingue a relação jurídica, mas apenas altera seu polo ativo. O crédito do devedor original passa ao fiador, que pode exigi-lo do devedor e goza dos mesmos direitos do credor original para tanto. Isso porque, com a transferência do crédito, são transferidos “todos os direitos, ações, privilégios e garantias que o credor originário detinha contra o devedor principal”, nas palavras do relator. A única mudança é que, com o acionamento da fiança, o fiador passa a ocupar a posição de credor.

Assim, concluiu-se que o credor que se sub-roga em um crédito sujeito aos efeitos da recuperação judicial passaria a ser titular de um crédito igualmente sujeito. Nas palavras do relator, a sujeição do crédito não seria “uma característica ligada à pessoa do sujeito sucedido, ou ao momento do pagamento, mas ao próprio direito de crédito, que é repassado com seus defeitos e qualidades”. No caso concreto, como visto, o crédito original se submetia aos efeitos da recuperação judicial, de modo que o crédito do fiador também seria sujeito à recuperação.

Por fim, o ministro fez uma breve consideração de ordem prática para reforçar seu entendimento pela sujeição do crédito à recuperação judicial: “o fato de se tornarem extraconcursais créditos originariamente submetidos aos efeitos da recuperação judicial pode esvaziar a tentativa de soerguimento da empresa e alterar as premissas sobre as quais foi elaborado o plano de soerguimento”.

Os demais ministros acompanharam o relator. O único voto divergente foi proferido pela ministra Nancy Andrighi, relatora do REsp nº 1.860.368/SP, analisado acima. A ministra afirmou a importância da estabilidade da jurisprudência para a garantia da previsibilidade e da segurança jurídica e, em seguida, replicou os fundamentos apresentados no voto proferido no julgamento do REsp nº 1.860.368/SP.

4. ANÁLISE DA MUDANÇA JURISPRUDENCIAL

Uma vez compreendidos os dois entendimentos opostos adotados pela Terceira Turma do STJ, é necessário avaliar qual dessas posições se adequa às regras do Código Civil e da LFR aplicáveis à matéria. Para tanto, será feita uma recapitulação de aspectos fundamentais do instituto da fiança bancária, seguida da análise da sub-rogação sob a perspectiva do direito civil e do direito falimentar.

4.1. FIANÇA BANCÁRIA

A fiança é um contrato de garantia por meio do qual uma ou mais pessoas se obrigam, perante o credor, a adimplir a obrigação caso ela não seja cumprida pelo devedor⁴⁹⁶. Sua função é “dar nascimento à obrigação fidejussória”⁴⁹⁷, ou seja, criar uma garantia convencional prestada por terceiro estranho à relação obrigacional. Em regra, a obrigação só pode ser exigida do fiador depois de ser cobrada do devedor – é o chamado benefício de ordem, previsto no art. 827 do Código Civil. Assim, não existe solidariedade passiva entre o devedor e o fiador⁴⁹⁸. O fiador pode, contudo, renunciar ao benefício de ordem e

496 OLIVEIRA, Lauro Laertes de. **Da fiança**. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 5.

497 GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 536.

498 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial. Tomo XLIV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 202-203.

se tornar codevedor solidário, conforme autoriza o art. 828 do Código Civil.

O contrato de fiança é unilateral, pois atribui dever jurídico ao fiador, mas não ao credor⁴⁹⁹. Em geral, a fiança também é gratuita, porque o fiador não aufere qualquer vantagem patrimonial ao garantir a dívida. No entanto, a gratuidade não é essencial à fiança. Nada impede que o devedor remunere o fiador para fazer frente ao risco assumido com a garantia prestada⁵⁰⁰. É o que ocorre, por exemplo, com a fiança bancária, que nada mais é que uma fiança prestada por instituição financeira. Ivo Waisberg e Gilberto Gornati explicam que a onerosidade é característica da fiança bancária, uma vez que:

(...) a função do fiador é assumida por um banco, mediante o recebimento de uma remuneração a ser paga pela pessoa garantida. Tal modalidade é amplamente utilizada por empresas que participam de concorrências e licitações ou que precisam fornecer maior segurança ao seu credor, ou até mesmo facilitar as negociações. Afinal, as instituições bancárias costumam ter maior credibilidade e respeitabilidade nas relações comerciais de que participam. Apesar de seu caráter oneroso, a garantia fidejussória outorgada por uma instituição financeira mantém as demais características da fiança, conforme regulada pelo Código Civil Brasileiro.⁵⁰¹

499 Em sentido contrário, Manuel Inácio Carvalho de Mendonça defende que o contrato de fiança é contrato bilateral imperfeito, pois, “se o fiador pagar mais tarde a dívida, surgem obrigações para o devedor, obrigado desde então ao reembolso” (CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. **Contratos no direito civil brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 408). Essa posição nos parece equivocada, porque o contrato de fiança não é celebrado entre fiador e devedor, mas, sim, entre fiador e credor, e pode até mesmo ser celebrado contra a vontade do devedor (art. 820 do Código Civil).

500 GOMES, 2009, p. 537. No mesmo sentido: OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 7; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3. p. 462.

501 WAISBERG, Ivo; GORNATI, Gilberto. **Direito bancário: contratos e operações bancárias**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 115.

Assim, a fiança bancária, como qualquer outra fiança, é regida pelas normas contidas nos arts. 818 e seguintes do Código Civil. Dentre esses dispositivos, destaca-se o art. 831, que prevê que “o fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor; mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota”. Isso significa que o pagamento da dívida pelo fiador não exonera o devedor principal, que, como se verá a seguir, continua obrigado em relação ao fiador.

4.2. A SUB-ROGAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO CIVIL

No direito das obrigações, sub-rogação é a transferência dos direitos do credor para aquele que solveu a obrigação⁵⁰². Há duas espécies de sub-rogação: a sub-rogação legal, prevista no art. 346 do Código Civil, e a sub-rogação convencional, disciplinada no artigo seguinte.

Como visto, a sub-rogação do fiador é uma hipótese de sub-rogação legal, prevista expressamente no art. 831 do Código Civil. A hipótese também é contemplada pelo art. 346, III, do Código Civil, que estabelece que a sub-rogação se opera em favor “do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte”. Na relação obrigacional, o fiador é terceiro interessado, assim como o segurador em relação ao direito do segurado contra terceiro responsável pelo sinistro⁵⁰³.

O efeito da sub-rogação é a “alteração subjetiva na relação de crédito”⁵⁰⁴– ou seja, o sub-rogatário substitui o credor original no polo ativo da relação obrigacional. Por isso, a doutrina majoritária entende que a sub-rogação não faz surgir um novo direito de crédito nem

502 BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 6. ed., atual. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1942. v. 4. p. 141.

503 GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. ed., rev., atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 121.

504 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 27. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 2. p. 212.

extingue a relação jurídica anterior⁵⁰⁵. O direito de crédito titularizado pelo sub-rogatário é aquele que o credor original já detinha em face do devedor. O devedor, por sua vez, ainda tem o dever de prestar, mas deve cumpri-lo em favor do sub-rogatário, não mais do credor original.

Os efeitos da sub-rogação são modulados pelo art. 349 do Código Civil, que determina que “[a] sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores”. A regra não é nova. Já estava presente no art. 988 do Código Civil de 1916 com redação idêntica à atual e, segundo Pontes de Miranda, podia também ser extraída do direito anterior ao Código de 1916⁵⁰⁶.

Por força do art. 349 do Código Civil, o sub-rogatário tem, em relação ao devedor, o exato mesmo direito de crédito que era detido pelo credor original. Isso implica que ele “recebe o crédito com todos os seus acessórios, mas seguido também de seus inconvenientes, e das suas falhas e defeitos”⁵⁰⁷. Essa foi a orientação seguida pela Quarta Turma do STJ em acórdão do fim da década de 1990, em que

505 “A sub-rogação não extingue a obrigação, mantendo o devedor vinculado ao terceiro que assume a posição do credor satisfeito”. (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Código Civil comentado**: direito das obrigações. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4. p. 270). No mesmo sentido: PEREIRA, 2015. v. 2. p. 213-214; e VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 2. p. 270. Em sentido contrário, Serpa Lopes entende que “[o] direito do sub-rogado origina-se do pagamento. O seu título creditório não é a dívida paga, extinta no principal e nos acessórios pelo pagamento, senão uma nova obrigação, para a qual, por ficção da lei, traspassam e transmitem-se tôdas as qualidades, privilégios e garantias da dívida extinta”. (SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**: obrigações em geral. 2.

ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 2. p. 271). Ainda, em posição intermediária, Clóvis Beviláqua afirma que “[a] obrigação pelo pagamento extingue-se; mas, em virtude da sub-rogação, a dívida, extinta para o credor originário, subsiste para o devedor, que passa a ter por credor, investido nas mesmas garantias, aquele que lhe pagou ou lhe permitiu pagar a dívida”. (BEVILÁQUA, *op. cit.* p. 141).

506 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial. Tomo XXIV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 386.

507 PEREIRA, 2015. v. 2. p. 219.

se entendeu que o sub-rogado “não terá [...] contra o devedor mais direitos do que o primitivo credor”⁵⁰⁸.

A previsão do art. 349 reforça o entendimento de que a sub-rogação não extingue a relação obrigacional, mas apenas altera seu polo passivo. Afinal, o novo credor tem as mesmas faculdades que o credor original tinha. O devedor, por sua vez, pode opor ao sub-rogatário todas as exceções que podia opor ao credor original.

Essa regra marca uma distinção fundamental entre a sub-rogação e o direito de regresso. O direito de regresso é aquele titularizado por um codevedor solidário que paga a dívida por inteiro e, em razão desse pagamento, pode exigir dos demais codevedores suas respectivas quotas-parte. Trata-se, nesse caso, de direito novo, que não se confunde com o direito de crédito detido pelo credor original e exercido em face do devedor que cumpriu a obrigação solidária em sua integridade⁵⁰⁹.

Assim, podem-se extrair duas conclusões da disciplina da sub-rogação pelas regras do direito civil. Em primeiro lugar, a sub-rogação não faz surgir um novo direito de crédito, mas, sim, transfere ao sub-rogatário o direito de crédito que era titularizado pelo credor original. Com isso, o sub-rogatário, que antes era terceiro – ainda que interessado – estranho à relação jurídica obrigacional, passa a ser credor. Em segundo lugar, o direito de crédito é transferido com todos os seus acessórios, mas também com todos os ônus inerentes a ele. O sub-rogatário tem, portanto, direito idêntico ao do credor original.

Aplicadas ao regramento da fiança bancária na recuperação judicial, essas conclusões se harmonizam com a posição adotada pelo

508 “Na sub-rogação, o sub-rogado adquire o crédito com os seus acessórios, mas também com os seus inconvenientes, não ficando desobrigado de satisfazer as exigências legais para poder recebê-lo. Em outras palavras, não terá o sub-rogado contra o devedor mais direitos do que o primitivo credor” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 174.353/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. em 09.11.1999, DJ 17.12.1999).

509 Sobre a distinção entre sub-rogação e direito de regresso no âmbito da recuperação judicial, cf. SACRAMONE, Marcelo Barbosa; PIVA, Fernanda Neves. *O Pagamento dos Débitos da Recuperanda: A Sub-Rogação e o Direito de Regresso na Recuperação Judicial*. In: PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; YARSHELL, Flávio Luiz (coord.). **Processo societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2018. v. 3. p. 491-508.

STJ no julgamento recente do REsp nº 2.123.959/GO. Se o fiador paga, após o ajuizamento da recuperação judicial, um crédito originado antes do pedido, é nesse crédito que ele se sub-roga. Assim, como a sub-rogação não extingue a relação obrigacional original nem altera sua natureza, o fiador que se sub-roga em um crédito sujeito está, também ele, sujeito à recuperação judicial.

Ao analisarem o instituto da sub-rogação pelo pagamento de créditos sujeitos à recuperação judicial, Marcelo Sacramone e Fernanda Piva adotaram posição semelhante:

Assim, se sujeito à recuperação judicial o crédito pago pelo segurador ou fiador, ainda que o pagamento seja efetuado após a distribuição do pedido de recuperação judicial, sub-rogar-se-á o fiador ou segurador em tal crédito, de modo que ambos serão considerados credores sujeitos à recuperação judicial no mesmo montante e natureza do crédito original satisfeito. Em razão da sub-rogação, é irrelevante que o pagamento pelo terceiro tenha ocorrido após o pedido de recuperação, já que, independentemente do momento do adimplemento, ele apenas substituirá o credor originário num crédito que era caracterizado por estar sujeito à recuperação judicial.⁵¹⁰

Por outro lado, o antigo entendimento do STJ, fixado no julgamento do REsp nº 1.860.368/SP, destoa da compreensão da sub-rogação como alteração do polo ativo da relação obrigacional. A ideia de que a sub-rogação criaria para o fiador um crédito até então inexistente, adotada pela ministra Nancy Andriighi, não é acolhida pela doutrina majoritária. E, ainda que se admitisse que o pagamento da dívida pelo fiador faz surgir um crédito, este crédito manteria todos os privilégios e todos os inconvenientes do crédito anterior, conforme se extrai do art. 349 do Código Civil. Dessa forma, a sujeição à

510 SACRAMONE, *op. cit.* p. 495-496.

recuperação judicial do crédito anterior implicaria também a sujeição do novo crédito.

4.3. ANÁLISE SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DA SUB-ROGAÇÃO CONFORME A LFR

O ordenamento jurídico é composto por uma multiplicidade de microssistemas, cada um com sua lógica própria⁵¹¹. A LFR, em específico, contém princípios que norteiam sua aplicação e não podem ser ignorados quando se trata da sujeição ou não de créditos à recuperação judicial. Por isso, para além do estudo da sub-rogação sob a perspectiva do direito civil, é necessário entender qual tratamento jurídico do crédito do sub-rogatário melhor se adequa à interpretação sistemática e teleológica da lei falimentar.

A regra para determinar se um crédito se sujeita à recuperação judicial está contida no art. 49 da LFR: “Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos *existentes* na data do pedido, ainda que não vencidos” (g.n.). Em complemento a essa regra, o STJ fixou, no Tema Repetitivo nº 1.051, a tese de que “(...) a existência do crédito é determinada pela data em que ocorreu o seu *fato gerador*” (g.n.).

A opção legislativa e jurisprudencial por um marco temporal para a sujeição de créditos não é despropositada. Francisco Satiro⁵¹² explica que os créditos existentes após a data do pedido de recuperação não se submetem ao procedimento por três motivos: a lógica da recuperação judicial, a segurança jurídica e, em especial, o fomento ao “dinheiro novo”.

A função econômica da recuperação judicial é equacionar, de forma conjunta e uniforme, as dívidas que a devedora tem na data do pedido. O processo não se propõe a viabilizar a renegociação de

511 IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1999. p. 71.

512 SATIRO, Francisco. *O “dinheiro novo” como elemento de interpretação do conceito de “crédito existente” na recuperação judicial*. In: WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horário Halfeld Rezende (coord.). **Temas de Direito da Insolvência** – Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo: Editora IASP, 2017. p. 263-280.

obrigações contraídas após essa data, razão pela qual a devedora não pode sujeitá-las à recuperação judicial. Em complemento, a lei impede que qualquer credor sujeito receba tratamento privilegiado. Se todas as obrigações da devedora devem ter o mesmo destino – a novação decorrente da homologação do plano de recuperação judicial –, nenhuma delas poderá ser cumprida em condições mais favoráveis do que aquelas previstas no plano.

Além disso, créditos constituídos após o pedido estão excluídos da recuperação judicial para garantir segurança jurídica. A devedora segue em atividade e contrai novas obrigações durante o processo. Se todas essas novas dívidas se sujeitassem aos efeitos da recuperação, os quóruns de aprovação do plano previstos no art. 45 da LFR mudariam constantemente, o que causaria desequilíbrios, propiciaria fraudes, aumentaria os custos do procedimento e, em última análise, frustraria os interesses dos credores diante de tamanha insegurança sobre o futuro da devedora.

Por fim, assegurar que créditos posteriores ao pedido não se sujeitem ao plano de recuperação judicial também incentiva agentes de mercado a continuarem contratando com a recuperanda. A recuperação judicial prejudica a confiabilidade da devedora e, por isso, reduz suas chances de obter crédito⁵¹³. Se a lei determinasse que mesmo as dívidas contraídas depois do pedido se submetem às condições do plano, dificilmente um agente de mercado se prestaria ao papel de fornecer novos recursos à recuperanda.

Por essas razões, os créditos não existentes no momento do pedido de recuperação judicial não se submetem ao plano de recuperação judicial. Tais créditos podem ser exigidos pelos meios extrajudiciais e judiciais regulares e são considerados extraconcursais

513 “A noção de risco e a de incerteza são ínsitas ao conceito de crédito, que, por sua vez, depende do elemento confiança. Quanto maior a confiança em algo, menor o risco que se percebe – mesmo não sendo verdadeiro. A confiança, por definição, é valor imaterial e intangível, conquistado somente através do tempo e também da experiência positiva. Nesse sentido ela minimiza a percepção do risco e da incerteza, com a convicção de que o resultado será exatamente o esperado” (SADDI, Jairo. **Crédito e Judiciário no Brasil**: uma análise de Direito & Economia. São Paulo: Quartier Latin, 2007).

– ou seja, são pagos com preferência em relação aos demais créditos em eventual falência, conforme determina o art. 67 da LFR⁵¹⁴.

As finalidades da regra geral prevista no art. 49 da LFR parecem reforçar a sujeição do crédito do fiador à recuperação judicial do afiançado. Afinal, não se trata de obrigação contraída pela recuperanda após o ajuizamento da recuperação judicial, mas, sim, de dívida existente no momento do pedido, ainda que sob outra titularidade.

O reconhecimento da não sujeição desse tipo de crédito à recuperação judicial poderia provocar desequilíbrio na dinâmica de poder entre os credores de determinada classe. Isso porque um crédito seria excluído da relação de credores da recuperanda, o que reduziria o valor total devido pela classe à qual o referido credor pertencia. Nesse caso, os demais credores da mesma classe ganhariam poder de voto sempre que um fiador pagasse um crédito sujeito e, consequentemente, se sub-rogasse nele.

Em adição, o crédito do fiador não é “dinheiro novo” e não auxilia a recuperanda a se soerguer. A possibilidade de o fiador exigir o pagamento de seu crédito sem se submeter às condições do plano de recuperação judicial poderia comprometer o processo de soerguimento da devedora, em prejuízo aos demais credores sujeitos. Como apontou o ministro Cueva em seu voto, “o fato de se tornarem extraconcursais créditos originariamente submetidos aos efeitos da recuperação judicial pode esvaziar a tentativa de soerguimento da empresa e alterar as premissas sobre as quais foi elaborado o plano de soerguimento”⁵¹⁵.

Por fim, as hipóteses de não sujeição de créditos à recuperação judicial⁵¹⁶ são excepcionais e devem ser interpretadas restritivamente,

514 “Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.”

515 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 2.123.959/GO, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. em 13.08.2024, DJe 28.08.2024.

516 As exceções à sujeição de créditos à recuperação judicial estão resumidas em SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação**

porque representam entraves à submissão dos credores ao regime de negociação coletiva, um dos objetivos centrais da LFR⁵¹⁷. Como sintetiza o professor Satiro, “não se pode aumentar artificialmente as hipóteses nas quais as regras que compõem os objetivos e fundamentos do regime de recuperação de empresas deixam de ser aplicadas”⁵¹⁸.

5. CONCLUSÕES

O movimento da jurisprudência do STJ em direção ao reconhecimento da sujeição à recuperação judicial do crédito decorrente de fiança bancária, ainda que acionada e paga após o pedido, está em consonância com as regras e os princípios do direito civil e do direito falimentar.

Em nosso entendimento, o voto do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva no REsp nº 2.123.959/GO captura acertadamente os efeitos da sub-rogação do fiador nos direitos do credor original. A sub-rogação não extingue a relação creditícia original, mas apenas altera o seu polo ativo, que passa a ser ocupado pelo antigo fiador. Assim, o crédito detido pelo fiador é exatamente aquele detido pelo credor original e pago por ele, fiador, quando exigido.

Ao contrário do que o STJ entendia até o julgamento do REsp nº 2.123.959/GO, a inexistência de “direito do fiador de exigir alguma prestação diretamente do afiançado” antes “do adimplemento da obrigação principal pelo garante”⁵¹⁹ não é relevante. Em virtude da sub-rogação, “[s]e o credor originário tinha um crédito submetido aos efeitos da recuperação judicial, é isso o que ele tem a transferir ao

Judicial e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2023. p. 601-603.

517 SATIRO, *op. cit.* p. 271.

518 SATIRO, *op. cit.* p. 272.

519 Trechos extraídos do voto proferido pela ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp nº 1.860.368/SP.

fiador que pagou a dívida”, conforme pontua o ministro Cueva em seu já citado voto vencedor.

Por fim, o novo entendimento do STJ é adequado aos princípios e às finalidades da LFR. A função do marco temporal de sujeição de créditos é promover segurança jurídica e fomentar o financiamento da recuperanda, de modo a viabilizar sua recuperação. A não sujeição do crédito do fiador, que deriva de obrigação existente antes do pedido de recuperação judicial, não se adequa a essa função. Trata-se de ampliação indevida das hipóteses legais de não sujeição, que, em virtude de seu caráter excepcional, devem ser interpretadas restritivamente.

Não se ignora a relevância das ponderações da ministra Nancy Andrighi sobre a necessidade de se assegurar a estabilidade da jurisprudência, de modo a garantir segurança jurídica e previsibilidade no ambiente de mercado. Mas a segurança e a previsibilidade não são valores absolutos. Na hipótese em análise, concluímos que a mudança jurisprudencial deve ser aplaudida, porque privilegia uma compreensão técnica dos institutos jurídicos aplicáveis, sem perder de vista as finalidades que orientam a recuperação judicial.

6. BIBLIOGRAFIA

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 6. ed., atual. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1942. v. 4.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, p. 1, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União: seção 1, p. 1, 10 fev. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 174.353/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. em 09.11.1999, DJ 17.12.1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.860.368/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 05.05.2020, DJe 11.05.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp nº 1.287.497/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. em 01.03.2021, DJe 03.03.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp nº 2.078.245/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, 3ª Turma, j. em 08.04.2024, DJe 12.04.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 2.123.959/GO, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. em 13.08.2024, DJe 28.08.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp nº 2.542.338/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, j. em 16.09.2024, DJe 18.09.2024.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. **Contratos no direito civil brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

----- . **Obrigações**. 18. ed., rev., atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1999. OLIVEIRA, Lauro Laertes de. **Da fiança**. São Paulo: Saraiva, 1981.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 27. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 2.

----- . **Instituições de direito civil**. 19. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte especial**. Tomo XXIV. Adimplemento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

----- . **Tratado de direito privado: parte especial**. Tomo XLIV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa; PIVA, Fernanda Neves. *O Pagamento dos Débitos da Recuperanda: A Sub-Rogação e o Direito de Regresso na Recuperação Judicial*. In: PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; YARSHELL, Flávio Luiz (coord.). **Processo societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2018. v. 3. p. 491-508.

SATIRO, Francisco. *O “dinheiro novo” como elemento de interpretação do conceito de “crédito existente” na recuperação judicial*. In: WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horário Halfeld Rezende (coord.). **Temas de Direito da Insolvência** – Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo: Editora IASP, 2017. p. 263-280.

SADDI, Jairo. **Crédito e Judiciário no Brasil: uma análise de Direito & Economia**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação Judicial e Falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2023.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**: obrigações em geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 2.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Código Civil comentado**: direito das obrigações. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 2.

WAISBERG, Ivo; GORNATI, Gilberto. **Direito bancário**: contratos e operações bancárias. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

