



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

9 de agosto de 2016

5ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento - Nº 1404117-83.2016.8.12.0000 - Campo Grande

Relator : Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Agravante : Itaú Unibanco S.A.

Advogado : William Carmona Maya

Agravado : Dismart Distribuidora de Produtos de Higiene Ltda

Advogado : Felipe Lollato e outros

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 3º DO ART. 49 DA LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS (LEI N. 11.101/2005) – POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO, EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE – MEIO DE GARANTIR A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRECEDENTES DO STJ – MÉRITO – IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAR A APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL EM QUESTÃO AO CASO CONCRETO – EXCLUSÃO DE DETERMINADOS CRÉDITOS DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL (FIDUCIÁRIO, LEASING, ETC) QUE OBJETIVA VIABILIZAR QUE CONDIÇÕES MAIS ATRATIVAS DE CONCESSÃO DE CRÉDITO SEJAM OFERECIDAS AOS EMPRESÁRIOS – NORMA QUE VISA FOMENTAR A ATIVIDADE EMPRESARIAL – PROVIDÊNCIA ADOTADA NO JUÍZO A QUO COM O CONDÃO DE SUBVERTER A ORDEM ECONÔMICA – NECESSIDADE DE AFASTAR A APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO APENAS QUANDO O BEM DE CAPITAL OBJETO DO LITÍGIO FOR ESSENCIAL AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL, SITUAÇÃO ESTA QUE DEVE SER EFETIVAMENTE COMPROVADA, CONFORME PREVISÃO LEGAL – PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA EMPRESA, PREVISTO NO ART. 47 DA REFERIDA LEI, DEVE SER OBJETO DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM AS DEMAIS DISPOSIÇÕES LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA – RESTABELECIMENTO DOS EFEITOS DO § 3º DO ART. 49 DA LEI 11.101/2005 AO CASO CONCRETO – RECURSO PROVIDO.

I – Ainda que a parte não tenha apresentado junto ao juízo singular pedido expresso para que fosse apreciada a constitucionalidade do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, nada impede que o magistrado, em análise do caso concreto, realize tal declaração de ofício, o que faz através de controle difuso de constitucionalidade, mostrando-se esta medida uma forma de assegurar a supremacia da Constituição Federal, estando seus efeitos restritos às partes do processo.

II – Deve ser restabelecida a aplicabilidade do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005 ao caso concreto, que exclui dos efeitos da recuperação judicial determinados créditos (fiduciário, *leasing* etc). Isto porque tal previsão legal, ao



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

contrário da compreensão externada no juízo singular, não visa proteger as instituições financeiras, mas sim viabilizar que estas concedam aos empresários crédito em condições mais atrativas, de modo a fomentar a atividade empresarial. A providência adotada pelo juízo singular tem o condão de subverter a ordem econômica e gerar insegurança jurídica no mercado, o que pode prejudicar a coletividade, ao abrir perigoso precedente. Ainda que o art. 47 da referida Lei preveja o princípio da proteção da empresa, tal norma deve ser interpretada de forma sistemática com as demais previsões legais sobre a matéria. Neste aspecto, afigura-se mais adequada a manutenção do referido privilégio, reservando sua inaplicabilidade tão somente para os casos em que o bem de capital objeto de litígio for essencial para o exercício da atividade empresarial, nos termos da lei. Precedentes.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 2º Vogal.

Campo Grande, 9 de agosto de 2016.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Itaú Unibanco S.A. agrava da decisão interlocutória (f. 34-87) proferida no pedido de recuperação judicial (0805777-61.2016.8.12.0001) ajuizado por Dismart Distribuidora de Produtos de Higiene Ltda, em curso na vara de falências, recuperações, insolvências e cartas precatórias cíveis desta Capital.

Insurge-se o agravante contra a declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 49 da Lei 11.101/05, realizada pelo juízo *a quo*, através de controle difuso de constitucionalidade, o que implicou na submissão de todos os créditos definidos pela legislação de regência como extraconjugais aos efeitos da recuperação judicial.

Sustenta o recorrente que a interpretação conferida ao dispositivo revela-se equivocada, não havendo se falar em privilégios indevidos às instituições financeiras, tampouco em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Aduz que as instituições financeiras seriam de salutar importância para fomentar as atividades desenvolvidas na indústria, no comércio e no mercado de serviços, promovendo o financiamento destas, que se valem do capital que lhes é fornecido para sua expansão, com a consequente geração de empregos.

Considera que o princípio da preservação da empresa não deve ser entendido como de aplicação absoluta, pois neste caso estar-se-ia incitando a inadimplência geral, salientando que a atividade empresarial não pode ser mantida às custas da saúde financeira de seus credores, gerando colapso do sistema financeiro.

Argumenta que o empréstimo contraído pela empresa recuperanda foi realizado de forma espontânea, tendo esta anuído com os termos do contrato que lhe foi apresentado, dentro da livre manifestação de vontade, não se mostrando viável, assim, que a cobrança do crédito não possa ser feita do modo previamente estabelecido pela legislação.

Requer o provimento do recurso, para reformar a decisão agravada e, via de consequência, restabelecer a aplicabilidade do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05 à recuperação judicial originária.

Às f. 172-173 o recurso foi recebido no efeito devolutivo; a contraminuta foi ofertada às f. 175-185, conjuntamente com os documentos de f. 186-232.

V O T O (E M 2 1 . 0 6 . 2 0 1 6)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Itaú Unibanco S.A. agrava da decisão interlocutória (f. 34-87) proferida no pedido de recuperação judicial (0805777-61.2016.8.12.0001) ajuizado por Dismart Distribuidora de Produtos de Higiene Ltda, em curso na vara de falências,



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

recuperações, insolvências e cartas precatórias cíveis desta Capital.

Insurge-se o agravante contra a declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 49 da Lei 11.101/05, realizada pelo juízo *a quo*, através de controle difuso de constitucionalidade, o que implicou na submissão de todos os créditos definidos pela legislação de regência como extraconjugais aos efeitos da recuperação judicial.

Sustenta o recorrente que a interpretação conferida ao dispositivo revela-se equivocada, não havendo se falar em privilégios indevidos às instituições financeiras, tampouco em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Aduz que as instituições financeiras seriam de salutar importância para fomentar as atividades desenvolvidas na indústria, no comércio e no mercado de serviços, promovendo o financiamento destas, que se valem do capital que lhes é fornecido para sua expansão, com a consequente geração de empregos.

Considera que o princípio da preservação da empresa não deve ser entendido como de aplicação absoluta, pois neste caso estar-se-ia incitando a inadimplência geral, salientando que a atividade empresarial não pode ser mantida às custas da saúde financeira de seus credores, gerando colapso do sistema financeiro.

Argumenta que o empréstimo contraído pela empresa recuperanda foi realizado de forma espontânea, tendo esta anuído com os termos do contrato que lhe foi apresentado, dentro do contexto da livre iniciativa e da livre concorrência, não se mostrando viável, assim, que a cobrança do crédito não possa ser feita do modo previamente estabelecido pela legislação.

Requer o provimento do recurso, para o fim de reformar a decisão agravada e, via de consequência, restabelecer a aplicabilidade do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05 à recuperação judicial originária.

Às f. 172-173 o recurso foi recebido no efeito devolutivo; a contraminuta foi ofertada às f. 175-185, conjuntamente com os documentos de f. 186-232.

Passo ao voto.

1. Da declaração de inconstitucionalidade ex officio

Faço inicialmente registro quanto à declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 49 da Lei 11.101/2005, feita *ex officio* pelo juízo *a quo*.

Ainda que a questão não tenha sido levantada nestes termos pela empresa, isto é, visando especificamente a declaração de inconstitucionalidade, da leitura da inicial do pedido de recuperação judicial verifica-se que houve pedido de flexibilização do referido dispositivo legal, para que os contratos de alienação fiduciária sofressem os efeitos da recuperação judicial, o que foi solicitado com fundamento no princípio da preservação da empresa.

E ainda que assim seja, tal pronunciamento expresso da parte é dispensável, visto ser viável que o magistrado, em sede de controle difuso, declare de ofício a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo em vista que os efeitos da referida providência somente serão aplicáveis *inter partes*, no caso concreto colocado sob o crivo do Poder Judiciário.

O seguinte julgado do STJ corrobora esta ideia:



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

PROCESSUAL CIVIL. TESES DE OBSCURIDADE E DE OMISSÃO. IMPROCEDÊNCIA. **DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE OFÍCIO**. PRESSUPOSTO DA APRECIÇÃO DO PEDIDO. ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO-MEMBRO. EXAME DE LEI LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 280 DO STF. 1. Decisão meramente desfavorável aos interesses da parte embargante não deve ser confundida com decisão contraditória, obscura ou omissa. 2. **A possibilidade de o juízo declarar a inconstitucionalidade de norma, no âmbito de controle difuso, mesmo sem provocação, é um dos mecanismos capazes de garantir a supremacia da Constituição no sistema jurídico brasileiro**. 3. Os pedidos devem ser interpretados de maneira teleológica. 4. Examinar a tese de ilegitimidade passiva das autoridades apontadas como coatoras dependeria da análise da organização administrativa do estado-membro, expediente inviável nesta via, nos termos da Súmula nº 280 do STF: "por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário". 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e não provido. (STJ; REsp 1.234.025; 2011/0015787-9; Segunda Turma; Relª Minª Eliana Calmon Alves; DJE 11/06/2013; p. 772).

Ademais, a previsão do art. 97 da Constituição Federal, no sentido de que *Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*, não impede que o juiz singular o faça, até mesmo porque, caso a compreensão fosse esta, muitas vezes o julgador estaria impedido de fazer justiça ao caso concreto, obstando-se o exercício pleno da atividade jurisdicional.

Pedro Lenza¹ ensina que:

"O controle difuso, repressivo, ou posterior, é também chamado de controle pela via de exceção ou defesa, ou controle aberto, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário. (...)"

O controle difuso verifica-se em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame do mérito. (...)"

Job Nascimento, em publicação realizada em seu *blog*², denominada *O controle de constitucionalidade e o juiz singular*, tece considerações interessantes sobre o tema, no mesmo sentido que se defende nesta oportunidade:

"(...) 2. O Controle Difuso de Constitucionalidade no âmbito do primeiro grau

O Controle Difuso de constitucionalidade outorga a qualquer juiz ou tribunal, tendo um caso concreto a análise sobre a harmonia ou não de determinada lei ou ato normativo à Constituição Federal. Assim, é preciso existir um conflito discutido no âmbito judicial em que o Poder Judiciário será provocado para solucioná-lo e, dessa forma, incidentalmente, deverá verificar a constitucionalidade da espécie normativa em questão.

¹ *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178.

² Vide: <http://jobnascimento.blogspot.com.br/2012/06/o-controle-de-constitucionalidade.html>



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Nesse caso, a definição sobre a constitucionalidade ou não da norma em apreço é necessária para a resolução do litígio, não sendo, objeto principal da ação. No primeiro grau, o juiz que tiver que verificar a constitucionalidade de um ato normativo deve ser bastante rigoroso, já que existe presunção de constitucionalidade das leis, porque pressupõe-se que as leis passaram por um controle preventivo rigoroso nas casas editoras. Segundo Ronaldo Poletti (2000, p. 106) “Num processo ordinário, o Congresso Nacional aprova a lei passando pelo exame das CCJ de suas casas. Após, o Presidente da República sanciona o projeto, transformando-o em lei, isso porque não julgou contrária aos preceitos constitucionais”. Isto é, dois poderes atestaram a constitucionalidade da lei e, dessa forma, somente em casos relevantes poderá o Judiciário negar-lhe sua validade.

(...)

O Controle difuso de lei ou ato normativo tem sua origem a partir de uma relação processual concreta, em que a decisão sobre a adequação constitucional da norma suscitada é relevante para a solução do litígio. Segundo Gilmar Mendes (2004, p. 207) “a decisão proferida em controle incidental serve tão-somente para avalizar ou não a aplicação da norma no caso litigioso. Verifica-se a constitucionalidade da regra apenas para determinado conflito, decidindo-se sobre a incidência ou não da mesma”. O juiz de primeiro grau pode conhecer de ofício a questão de inconstitucionalidade. Esse controle é exercido na fundamentação da decisão e pode ser efetivado em qualquer processo, e se justifica em pela nulidade do ato normativo inconstitucional. A declaração de inconstitucionalidade feita pelo juiz singular opera de forma acessória, e não como pretensão originária trazida ao juiz pelas partes litigantes. Segundo Alexandre de Moraes (2006, p. 647) “posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo. A declaração é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo objeto principal da ação”. Assim, a análise constitucional não cai sobre a pretensão principal, mas é considerada como causa de pedir e razão de decidir. O juiz singular dará ou não procedência ao pedido porque há ou não uma inconstitucionalidade no ato normativo em vigor e tal inconstitucionalidade prejudica uma das partes. O efeito não é erga omnes, pois é restrito às partes. (...)”

Deste modo, vê-se que qualquer juízo ou Tribunal está autorizado a apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo, quando a análise se mostrar essencial para a adequada solução do conflito, e desde que o faça de modo incidental, isto é, a ação não deve ter tal declaração como objetivo principal.

Feita esta explicação, passo à análise da questão de fundo.

2. Mérito

A controvérsia trazida no seio destes autos visa esclarecer se agiu com acerto ou não o juiz condutor do feito quando entendeu por bem submeter os créditos previstos no art. 49 § 3º da Lei 11.101/2005 aos efeitos da recuperação judicial, não aplicando a previsão de tal norma no caso concreto.

Primeiramente, veja-se o que dispõe o *caput* e o § 3º do art. 49 da



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Lei 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, e em torno do qual gira o debate constante destes autos:

"Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial."

Sobre os credores sujeitos à recuperação judicial, ensina Fábio Ulhoa Coelho³, em comentário ao art. 49 da Lei 11.101/05:

"A recuperação atinge, como regra, todos os credores existentes ao tempo da impetração do benefício.

Os credores cujos créditos se constituírem depois de o devedor ter ingressado em juízo com o pedido de recuperação judicial estão absolutamente excluídos dos efeitos deste. Quer dizer, não poderão ter os seus créditos alterados ou novados pelo Plano de Recuperação Judicial. Aliás, esses credores, por terem contribuído com a tentativa de reerguimento da empresa em crise terão seus créditos reclassificados para cima, em caso de falência (art. 67).

Assim, não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial (tais como a suspensão da execução, novação ou alteração pelo Plano aprovado em Assembleia, participação em Assembleia etc.) aquele credor cuja obrigação constituiu-se após o dia da distribuição do pedido de recuperação judicial.

Também estão excluídos dos efeitos da recuperação judicial o fiduciário, o arrendador mercantil ou o negociante do imóvel (como vendedor, compromitente, vendedor ou titular de reserva de domínio) se houver cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade no contrato.

Igualmente, os bancos credores por aditamento aos exportadores (ACC) não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial.

Esses credores excluídos dos efeitos da recuperação judicial não são minimamente atingidos pela medida, e podem continuar exercendo seus direitos reais e contratuais nos termos da própria lei.

Os fundamentos para a exclusão de cada categoria de credor dos efeitos da recuperação judicial variam.

Os credores posteriores à distribuição do pedido estão excluídos

³ Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas (Lei n. 11.101, de 9-2-2005). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 130-131.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

porque, se assim não fosse, o devedor não conseguiria mais acesso a nenhum crédito comercial ou bancário, inviabilizando-se o objetivo da recuperação.

Os titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras (fiduciário, leasing etc) e os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio excluem-se dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores (com spreads não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação do ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico."

Veja-se que quando a lei excluiu dos efeitos da recuperação os credores titulares da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, o fez justamente para fomentar que as instituições financeiras ofereçam às empresas vantagens, como juros menores do que os praticados no mercado, visando assegurar o desenvolvimento econômico.

Não se trata, aqui, de privilegiar os interesses de uma minoria, em detrimento das normas constitucionais, conforme asseverado pelo juiz condutor do feito na decisão combatida, mas sim de criar incentivos para que as instituições financeiras concedam crédito aos empresários, em condições mais vantajosas, de forma a movimentar e economia de todo o país, visando a expansão e o desenvolvimento econômico.

A declaração de inconstitucionalidade incidental do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05 foi promovida pelo juízo singular de forma totalmente temerária e contrária ao ordenamento jurídico vigente, sendo certo que ainda que a intenção do magistrado tenha sido viabilizar a efetiva recuperação judicial da empresa, de modo a restabelecer sua saúde financeira, as consequências de tal decisão podem implicar em efeitos nefastos e em manifesta insegurança jurídica.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, em seus julgados, não tem questionado a constitucionalidade do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05, conforme será demonstrado pelos julgados abaixo colacionados:

AGRAVO REGIMENTAL EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. BUSCA E APREENSÃO. BENS OFERECIDOS EM GARANTIA MEDIANTE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NÃO SUBMISSÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial (Lei nº 11.101/2005, art. 49, § 3º). 2. Na hipótese, não existe nos autos sequer manifestação do d. juízo da recuperação judicial afirmando que os bens objeto da busca e apreensão são essenciais à atividade empresarial, de maneira a atrair a discussão em torno da exceção da exceção contida no art. 49, § 3º, in fine, da Lei nº 11.101/2005. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ; AgRg-CC 137.584; Proc. 2014/0332247-2; SC; Segunda Seção; Rel. Min. Raul Araújo; DJE 03/11/2015).



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. **RECUPERAÇÃO JUDICIAL. BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO. BENS DE CAPITAL ESSENCIAIS À ATIVIDADE EMPRESARIAL. EXCEPCIONAL E TRANSITÓRIA SUBMISSÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Via de regra, o credor titular da posição de proprietário fiduciário ou detentor de reserva de domínio de bens móveis ou imóveis não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial (Lei nº 11.101/2005, art. 49, § 3º).** 2. No caso dos autos, porém, o juízo da recuperação judicial informa que o objeto da busca e apreensão em trâmite no juízo comum "são bens essenciais às atividades da recuperanda". 3. Nos moldes da jurisprudência da eg. Segunda Seção desta Corte, **demonstrado que o objeto do litígio envolve bens de capital essenciais à atividade empresarial, afasta-se a exceção contida no § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, prevalecendo a exceção da exceção constante da parte final do mesmo dispositivo legal.** 4. Agravo regimental desprovido. (STJ; AgRg-RCD-CC 134.655; Proc. 2014/0160156-7; AL; Segunda Seção; Rel. Min. Raul Araújo; DJE 03/11/2015).

RECURSO ESPECIAL. Busca e apreensão. **Credor proprietário fiduciário de bem móvel. Não submissão aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005. Sumula 83/STJ. Recurso a que se nega seguimento.** (STJ; REsp 1.543.873; Proc. 2015/0174010-3; MT; Terceira Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; DJE 08/09/2015).

A interpretação da referida norma foi feita de forma manifestamente equivocada no juízo singular, tendo em vista que além de desmotivar as instituições financeiras a celebrarem os negócios jurídicos excluídos pela lei dos efeitos da recuperação judicial com as empresas, o que gera indubitavelmente uma retração no mercado, em afronta aos interesses da coletividade, poderia também incentivar uma inadimplência generalizada, com subversão da ordem econômica nacional.

Não se trata, também, de negar aplicabilidade ao princípio da preservação da empresa, pois não se pode lançar mão desta prerrogativa de modo indiscriminado e irrestrito, mas sim através de interpretação sistemática deste e das normas a ele correlatas, isto é, dentro do contexto em que está inserido.

Ainda que as instituições financeiras, em primeiro lugar, visem a obtenção de lucro, não se pode negar que são de fundamental importância para a economia nacional, posto que frequentemente aqueles que exercem atividade empresarial necessitam de seus serviços, até mesmo como forma de dar início às atividades no mercado, através da aquisição de maquinários, contratação de funcionários, *marketing*, enfim, uma infinidade de investimentos dos quais os empresários lançam mão para alavancar o empreendimento e estabelecer a empresa.

Em verdade, a lei, quando prevê estas vantagens, excluindo da recuperação judicial determinados créditos, não o faz com o objetivo de proteger as instituições financeiras, mas sim com o claro intuito de viabilizar o crescimento econômico das empresas que se valem destas alternativas para tanto, de modo que



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

condições mais atrativas lhes possam ser ofertadas.

Os seguintes julgados corroboram este entendimento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. EXCLUSÃO DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO. ART. 49, § 3º, DA LEI Nº 11.101, DE 2005. HIPÓTESE EXCEPCIONAL CONFIGURADA. LIMINAR. FUMUS BONI IURIS AUSENTE. MEDIDA REVOGADA. RECURSO PROVIDO. 1. A exigência de registro da propriedade fiduciária em cartório do domicílio do devedor tem como finalidade ser oposto a terceiros. Entre as partes, as avenças devem prevalecer até mesmo independentemente de registro. 2. O credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis concretiza a hipótese excepcional prevista no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101, de 2005. 3. Portanto, a alienação fiduciária caracteriza a referida exceção e o crédito proveniente desta não estará sujeito ao efeito da recuperação judicial. 4. Para a concessão de liminar exige-se a presença do fumus boni iuris e do periculum in mora. 5. A ausência de um dos requisitos inviabiliza a concessão da liminar. Assim, ausente ofumus boni iuris, deve ser revogada a medida. 6. Agravo de instrumento conhecido e provido para excluir do alcance da medida liminar os créditos oriundos do contrato em questão. (TJMG; AI 1.0290.15.000902-2/006; Rel. Des. Caetano Levi Lopes; Julg. 08/09/2015; DJEMG 16/09/2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 26 DA LEI Nº 9.514/1997, ART. 49, § 3º E ART. 47 DA LEI Nº 11.101/2005. APARENTE ANTINOMIA A SER DIRIMIDA MEDIANTE ANÁLISE DA ESSENCIALIDADE DO BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE PARA A ATIVIDADE EMPRESARIAL. IMÓVEL POSSIVELMENTE ESSENCIAL. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. RECURSO PROVIDO. 1. O art. 26 da Lei nº 9.514/1997 preconiza que, em caso da inadimplência, sendo o fiduciante constituído em mora, a propriedade do imóvel por ele dado em garantia consolidar-se-á em favor do fiduciário. Ademais, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem imóvel não se submete aos efeitos da recuperação judicial, ex vi do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005. 2. As precitadas regras não podem ser interpretadas de forma divorciada do que resta previsto no art. 47 da Lei nº 11.101/2005, do qual se extrai o afamado princípio da preservação da empresa. 3. A aparente antinomia existente entre os dispositivos pode ser dirimida mediante a análise da essencialidade do bem alienado fiduciariamente para a atividade empresarial. Se essencial, prevalece a regra do art. 47 da Lei nº 11.101/2005, ao passo que, se não essencial, impera a regra do art. 26 da Lei nº 9.514/1997 ou do art. 49, § 3º, da Lei de Falências e Recuperação de Empresas. (...) (TJES; AI 0013342-13.2015.8.08.0048; Terceira Câmara Cível; Relª Desª Eliana Junqueira Munhos; Julg. 25/08/2015; DJES 04/09/2015).

De ver-se que o art. 47 da Lei n. 11.101/05, quando estabelece que A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, em verdade, não se mostra dissonante da previsão do art. 49, § 3º do mesmo diploma legal.

Deve, como dito, ser realizada uma interpretação sistemática das normas, de modo a viabilizar o exercício da atividade empresarial, sem que isso acarrete a bancarrota da ordem econômica e financeira em se está imerso, pois nenhuma vantagem traria qualquer compreensão em sentido diverso, até mesmo porque não se pode perder de vista que o sistema capitalista é o vigente no país, ainda que apresente desvantagens sob determinadas óticas.

Em comentário ao dispositivo legal acima transcrito, o doutrinador⁴ acima mencionado (Fábio Ulhoa Coelho) tece consideração de salutar relevância, perfeitamente aplicável ao caso *sub judice*:

"(...) O instituto da recuperação da empresa tem sentido, assim, no capitalismo para corrigir disfunções do sistema econômico, e não para substituir a iniciativa privada.

A recuperação judicial não pode significar, portando, a substituição da iniciativa privada pelo juiz, na busca de soluções para a crise da empresa. Se a sobrevivência de determinada organização empresarial em estado crítico não desperta o interesse de nenhum agente econômico privado (empreendedores ou investidores), então, em princípio, as suas perspectivas de rentabilidade não são atraentes quando comparadas com as demais alternativas de investimento. Ora, se assim é, ninguém vai perder dinheiro investindo naquele negócio. (...)"

Destaque-se que não há se falar que tal compreensão deixa o empresário vulnerável e inviabiliza o restabelecimento da saúde empresarial durante a recuperação judicial, tendo em vista que, conforme a parte final do art. 49, § 3º, Lei n. 11.101/05, em se verificando a essencialidade do bem de capital objeto do litígio para o exercício da atividade empresarial, há a mitigação da exclusão da recuperação judicial determinados créditos, configurando-se esta exceção da exceção.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para cassar a decisão combatida na parte em que declara a inconstitucionalidade do art. 49 § 3º da Lei n. 11.101/05, viabilizando, assim, que os créditos excluídos da recuperação judicial sejam amparados nos termos da previsão legal.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A SESSÃO DE 26/07/2016 EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL (DES. SIDENI), APÓS O RELATOR DAR PROVIMENTO AO RECURSO. O 2º VOGAL AGUARDA.

⁴ Ob. cit., p. 119.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

V O T O (E M 2 6 . 0 7 . 2 0 1 6)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (1º Vogal)

Pedi vista dos autos, para melhor analisar a demanda, em decorrência das peculiaridades da matéria debatida.

Itaú Unibanco S.A. interpôs agravo de instrumento objetivando a reforma da decisão proferida nos autos da Ação de Recuperação Judicial proposta por Dismart Distribuidora de Produtos de Higiene Ltda., que ao declarar a inconstitucionalidade do § 3º e 4º, do art. 49, da Lei 11.101/2005, incluiu na recuperação judicial os créditos bancários com garantia fiduciária. Sustenta que a declaração de inconstitucionalidade sequer fora mencionada pela recuperanda na petição inicial; que o legislador, na parte final do § 3º objeto de discussão, garantiu que os bens envolvidos permaneçam na posse do devedor durante o prazo de 180 dias, período destinado à reestruturação da empresa em recuperação judicial; que existem benefícios tanto para os credores quanto para a empresa devedora, estabelecendo-se um equilíbrio, a fim de viabilizar o pagamento das dívidas sem colocar fim a atividade empresarial; que a propriedade do bem oferecido em garantia fiduciária ainda não pertence a empresa em recuperação. Pugnou pelo provimento do recurso, reconhecendo a constitucionalidade do § 3º, do art. 49, da Lei 11.101/05.

Pois bem, ao proferir seu voto, o ilustre Relator reafirmou a possibilidade de declaração de ofício da inconstitucionalidade, apesar de tal questão não ter sido levantada pela recuperanda.

De fato, inexistente qualquer óbice para que o juízo "a quo" de ofício declare a inconstitucionalidade de determinada norma, no que, aliás, vem se posicionando a Corte Superior.

No mérito, o Relator fundamentou-se no sentido de que a lei que excluiu dos efeitos da recuperação os credores da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, *"não visa privilegiar os interesses de uma minoria, em detrimento das normas constitucionais, mas sim criar incentivos para que as instituições financeiras concedam crédito aos empresários, em condições mais vantajosas, de forma a movimentar a economia de todo o país, visando a expansão e o desenvolvimento econômico"*. Ao final, deu provimento ao recurso para o fim de cassar a decisão que declarou a inconstitucionalidade do art. § 3º, do art. 49, da Lei 11.101/2005.

Pois bem, em relação à questão posta, necessário se faz algumas considerações.

No que se refere à constitucionalidade do § 3º, do art. 49, da Lei 11.101/2005, anteriormente já foram interpostos outros recursos, oportunidade em que este Tribunal de Justiça firmou o seguinte posicionamento:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - CONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 3º E 4º DO ARTIGO 49 DA LEI N. 11.101/05 - DESNECESSIDADE DE REGISTRO DO CONTRATO - "TRAVA BANCÁRIA". 01. São constitucionais os §§ 3º e 4º da Lei n.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

11.101/05. 02. A ausência de registro do contrato não é capaz, por si só, de submeter aos efeitos da recuperação judicial credor titular da posição de proprietário fiduciário. **03.** A cessão fiduciária de direitos creditórios está abrangida pelo § 3º do artigo 49 da Lei n. 11.101/05, o que autoriza a instituição financeira se valer da chamada "trava bancária". Recurso conhecido e provido." (Relator (a): Des. Vilson Bertelli; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 05/07/2016; Data de registro: 07/07/2016) destaquei.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 3º E 4º DO ART. 49 DA LEI 11.101/05 – AFASTADA – CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – AUSÊNCIA DE REGISTRO – REQUISITO INDISPENSÁVEL PARA CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA – ART. 1.361, § 1º, DO CC – CRÉDITOS SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL – NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 49, § 3º, DA LEI 11.101/05 – REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL – OBSERVÂNCIA DO ART. 24, § 1º, DA LEI N. 11.101/05 – REDUÇÃO – NÃO CABIMENTO – RECURSO DESPROVIDO. A norma prescrita nos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei 11.101/01 não se reveste de inconstitucionalidade, haja vista que editada dentro dos parâmetros constitucionais estabelecidos pelos princípios da ordem econômica e não ofende o princípio da isonomia. Não obstante isso, referidos dispositivos devem ser interpretados de forma sistemática, a fim de atender ao espírito do diploma legal, que tem como principal objetivo a preservação da empresa recuperanda e a viabilidade da continuidade da atividade econômica, em prol da consecução de sua função social, sem que isso, contudo, cause qualquer embaraço na atividade de fomento de crédito. Os créditos decorrentes de Cédulas de Crédito Bancário garantidos por alienação fiduciária, não podem ser considerados extraconcursais, uma vez que, não tendo sido devidamente registrados, antes de iniciada a recuperação judicial, não está o credor na posição de proprietário fiduciário, nos termos do art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Por tal razão, não incide o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05, sujeitando-se ao regime da recuperação judicial. De acordo com o art. 24, caput, da Lei 11.101/05, ao fixar a remuneração do administrador judicial, o magistrado deve levar em consideração a capacidade do pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho desenvolvido, assim como os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes, não podendo exceder 5% do valor." (Relator(a): Des. Eduardo Machado Rocha; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 17/11/2015; Data de registro: 24/11/2015) destaquei.

similar: Mais recentemente, esta Câmara Cível também julgou recurso

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 3º



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

DO ART. 49 DA LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS (LEI N. 11.101/2005) - PRELIMINAR - ARGUIÇÃO DE DECISÃO EXTRA PETITA - ALEGAÇÃO DE QUE A EMPRESA AGRAVADA NÃO FORMULOU PEDIDO NESTE SENTIDO JUNTO AO JUÍZO A QUO - PRELIMINAR AFASTADA - POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO, EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE - MEIO DE GARANTIR A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRECEDENTES DO STJ - MÉRITO - **POSSIBILIDADE DE AFASTAR A APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL EM QUESTÃO AO CASO CONCRETO - PROTEÇÃO/MANUTENÇÃO DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.**" destaquei.

De acordo com o juiz "a quo":

"A Constituição, com relação a ordem econômica, onde se insere claramente a instituição da recuperação de empresas, constituiu o preceito do art. 170 fundado na valorização do trabalho e da livre iniciativa, a fim de assegurar a todos uma existência digna, conforme aos ditames da justiça social, observados os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da redução das desigualdades regionais e sociais, e da busca do pleno emprego. Normas constitucionais desrespeitadas pelo legislador que elaborou a lei de falências e recuperações de empresas... **A exclusão da submissão dos créditos bancários à recuperação judicial, praticamente inviabiliza a possibilidade de retirar a empresa desse período de difícil situação econômica...Incluindo-se os créditos bancários no rol dos credores sujeitos a recuperação, gera a possibilidade clara de se conceder o fôlego necessário para a empresa se recuperar**, mantendo-se os empregos dos trabalhadores, dando continuidade ao recolhimento dos impostos e gerando benefícios a população em geral...a Lei de falências deve obedecer os princípios constitucionais que norteiam a ordem econômica: da propriedade privada, função social da propriedade e da empresa, da livre concorrência, garantia do pleno emprego, suprimimento das desigualdades regionais e sociais e tratamento diferenciado para as pequenas e Microempresas...A exclusão dos créditos bancários do processo de recuperação empresarial também afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 3º, III, da Constituição Federal, pois não permite a manutenção dos empregos e salários, levando à situação de penúria inúmeras famílias...**Segundo entendimento firmado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, não é razoável a retomada das execuções individuais após o simples decurso do prazo de 180 dias previsto no art. 6, § 4º, da Lei 11.101/2005...Percebe-se de forma nítida a flexibilização da exegese do parágrafo quarto do artigo 6º da lei 11.101/2005, bem como de outros dispositivos da LFRJ, com o fim de preservar a empresa**, situação que está em consonância com as normas constitucionais já explicitadas...**Contém a lei 11.101/2005 vício material, substancial ou doutrinário, consistente na violação do art. 170, art. 3º, I, além dos princípios constitucionais expostos anteriormente, como o da**



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

isonomia, bem como o da dignidade da pessoa humana."(f.47-64) destaquei.

De fato, dispõe a Lei 11.101/2005:

"Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

*§ 3º. Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, **observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4o do art. 6o desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.**" destaquei.*

11.101/2005: Vale destacar que em conformidade com o § 4º do art. 6º da Lei

"Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial." destaquei.

Como bem destacado pelo juiz "a quo", a questão da prorrogação da suspensão na recuperação judicial vem sendo flexibilizada:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRORROGAÇÃO DO PRAZO PREVISTO NO § 4º DO ART. 6º DA LEI Nº 11.101/2005. PLEITO INDEFERIDO NA ORIGEM. REVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 7/STJ. 1. É firme nesta Corte o entendimento de que o prazo previsto no § 4º do art. 6º da Lei nº 11.101/2005, pode ser prorrogado quando comprovada a sua necessidade para o sucesso da recuperação e não evidenciada a negligência da parte requerente. 2. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu pela inexistência de dados objetivos que permitam a prorrogação do prazo, sendo inviável a revisão do referido entendimento, por força do enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. 3. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 639.746/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 06/08/2015) destaquei.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE 180 DIAS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. Agravo de instrumento desprovido, em decisão monocrática."
(Agravo de Instrumento Nº 70066426925, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elisa Carpin Corrêa, Julgado em 10/09/2015) destaquei.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - PRAZO DE SUSPENSÃO DE 180 DIAS - PRORROGAÇÃO - POSSIBILIDADE. É possível a prorrogação do prazo de 180 dias, quando o seu descumprimento não for imputável à sociedade recuperanda."
(TJMG. Agravo de Instrumento 10024142920651002. Rel. Geraldo Augusto. Pub. 16/03/2016) destaquei

Portanto, verificada circunstância a exigir a manutenção da suspensão da recuperação, o prazo do § 4º do art. 6º vem sendo relativizado, como forma de dar atendimento ao que dispõe o art. 47 da mesma Lei. Confira:

"A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica."

Consequentemente, os credores com garantia fiduciária também terão prorrogado na mesma extensão o tempo de suspensão, ficando impedidos de vender ou retirar do estabelecimento do devedor bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. E ainda que porventura não haja prorrogação da suspensão, o proprietário fiduciário não estará livre para executar sua garantia, se o bem oferecido for essencial à atividade da empresa, principalmente quando evidenciado a viabilidade da sua recuperação pelo Juízo "a quo".

Mais uma vez, veja o posicionamento do STJ a respeito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DEFERIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. MEDIDAS CONSTRITIVAS IMPOSTAS AO PATRIMÔNIO DA RECUPERANDA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, INDEPENDENTEMENTE DO DECURSO DO PRAZO DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS PREVISTO NO ART. 6º, § 4º, DA LEI N. 11.101/05. ART. 49, § 3º, DA LEI N. 11.101/2005. BENS ESSENCIAIS ÀS ATIVIDADES ECONÔMICO-PRODUTIVAS. PERMANÊNCIA COM A EMPRESA RECUPERANDA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A despeito de o art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/05 assegurar o direito de os credores



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

prossequirem 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. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no CC 143.802/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2016, DJe 19/04/2016) destaquei.

Vale observar que, conforme destacado pelo Ministro Raul Araújo, ao proferir seu voto no julgamento do CC 110.392/SP, *"não significa, porém, que o imóvel não deva ser entregue ao credor fiduciário, mas sim que, em atendimento ao princípio da preservação da empresa (art. 47 da Lei 11.101/05), pode o Juízo da Recuperação Judicial estabelecer prazos e condições para essa entrega, fixando remuneração justa para o credor enquanto o bem permanece na posse do devedor"*.

Daí que, a contrário sensu, se a empresa contrai empréstimo com o fim de fomentar sua atividade econômica e dá em garantia fiduciária bem de propriedade de terceiro ou ainda que não se constituir em óbice à sua recuperação judicial, nada impede que o proprietário fiduciário tome para si o que lhe pertence por disposição legal, sem a necessidade de ser incluído na recuperação judicial juntamente com os demais credores da recuperanda.

Acerca da matéria leciona Melhim Namem Chalhub:

"A fidúcia, como garantia, exerce função correspondente às garantias reais em geral, sendo, porém, dotada de mais eficácia, pois, enquanto nos contratos de garantia em geral (por exemplo, a hipoteca) o devedor grava um bem ou direito para garantia, mas o mantém em seu patrimônio, na fidúcia, diferentemente, o devedor transmite ao credor a propriedade ou titularidade do bem ou direito, que, então, permanecerá no patrimônio do credor como propriedade-fiduciária, até que seja satisfeito o crédito." (Negócio Fiduciário. Alienação Fiduciária. Editora Renovar. 4ª edição. 2009.Pág.09) destaquei.

E ainda,

"AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO LIMINAR EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO DE CÉDULAS DE CRÉDITO GARANTIDAS POR AVAL E ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. POSSIBILIDADE. INCLUSÃO DOS COOBRIGADOS NO POLO PASSIVO. PERTINÊNCIA. NÃO SUBMISSÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 1. A cessão fiduciária de direitos sobre títulos de crédito, possuindo a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial (art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005). Não ocorrência, na hipótese, de



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

peculiaridade apta a recomendar o afastamento circunstancial da regra.
 2. Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei 11.101/2005). 3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no CC 124.489/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/10/2013, DJe 21/11/2013) destaquei.

"RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO GARANTIDA POR CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS. NATUREZA JURÍDICA DE PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. NÃO SUJEIÇÃO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL "TRAVA BANCÁRIA". 1. A alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de título de créditos, possuem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitando aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005. 2. Recurso especial não provido." (REsp 1202918/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma. J. 07/03/2013. DJe. 10/04/2013) destaquei.

Daí que não há se falar em inconstitucionalidade das disposições contidas no § 3º, do art. 49, da Lei 11.101/2005, uma vez que aludida norma deve ser analisada e aplicada em conjunto com os demais artigos da mesma lei, cujo objetivo maior é assegurar *"a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica"*, o que, aliás, também atende ao interesse maior do credor fiduciário que é recebimento do valor investido, sem que para tanto seja destituído da garantia que lhe foi oferecida.

Portanto, resta equivocado o entendimento firmado pelo juiz "a quo" no sentido de que haveria no caso em tela violação ao princípio da isonomia, (art. 5º, "caput", CF), da ordem econômica e financeira (art. 170, CF) e dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), uma vez que a propriedade fiduciária e seus reflexos devem ser analisados não só sob o princípio da preservação da empresa em recuperação, como também sob o direito do proprietário fiduciário, que, através de seu investimento, fomenta a atividade econômica como um todo.

Assim, pelas razões expostas, acompanhando o ilustre Relator, conheço e dou provimento ao presente agravo de instrumento para o fim de tornar insubsistência a decisão no capítulo que declarou a inconstitucionalidade do § 3º, do art. 49, da Lei 11.101/2005.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A SESSÃO DE 09/08/2016 EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 2º VOGAL (DES. VLADIMIR), APÓS O RELATOR E O 1º VOGAL DAREM PROVIMENTO AO RECURSO.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

V O T O (E M 09.08.2016)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (2º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor análise do feito.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Itaú Unibanco contra decisão proferida pelo Juízo Vara de Falências, Recuperações, Insolvências e Cartas Precatórias Cíveis da Comarca de Campo Grande, MS, que, nos autos da recuperação judicial ajuizada por Dismart Distribuidora de Produtos de Higiene Ltda que deferiu o processamento da recuperação judicial e proferiu as seguintes determinações em sequência: nomeação do administrador judicial; fixação das atribuições; arbitramento dos honorários do administrador; determinação de suspensão, por 180 dias, das ações execuções contra as devedoras; dentre outras. (autos n. 0805777-61.2016.8.12.0001).

Conforme relatório exarado nos autos (f. 234), o agravante insurge-se contra a declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 49 da Lei 11.101/05, realizada pelo juízo *a quo*, por meio de controle difuso de constitucionalidade, o que implicou na submissão de todos os créditos definidos pela legislação de regência como extraconjugais aos efeitos da recuperação judicial.

Sustenta que a interpretação conferida ao dispositivo está equivocada, não havendo se falar em privilégios indevidos às instituições financeiras, tampouco em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Aduz que as instituições financeiras seriam de salutar importância para fomentar as atividades desenvolvidas na indústria, no comércio e no mercado de serviços, promovendo o financiamento destas, que se valem do capital que lhes é fornecido para sua expansão, com a consequente geração de empregos.

Considera que o princípio da preservação da empresa não deve ser entendido como de aplicação absoluta, pois neste caso estar-se-ia incitando a inadimplência geral, salientando que a atividade empresarial não pode ser mantidas às custas da saúde financeira de seus credores, gerando colapso do sistema financeiro. Argumenta que o empréstimo contraído pela empresa recuperanda foi realizado de forma espontânea, tendo esta anuído com os termos do contrato que lhe foi apresentado, dentro da livre manifestação de vontade, não se mostrando viável, assim, que a cobrança do crédito não possa ser feita do modo previamente estabelecido pela legislação.

Requer o provimento do recurso, para reformar a decisão agravada e, via de consequência, restabelecer a aplicabilidade do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05 à recuperação judicial.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Em sessão realizada pela Quinta Câmara Cível, na data de 26.07.2016, o i. Relator (Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva) conheceu do recurso e deu-lhe provimento para cassar a decisão combatida na parte em que declara a inconstitucionalidade do art. 49 § 3º da Lei n. 11.101/05, viabilizando, assim, que os créditos excluídos da recuperação judicial sejam amparados nos termos da previsão legal.

Por sua vez, o 1º Vogal (Des. Sideni Soncini Pimentel) acompanhou o Relator para conhecer e dar provimento ao presente agravo de instrumento para o fim de tornar insubsistente a decisão no capítulo que declarou a inconstitucionalidade do § 3º, do art. 49, da Lei 11.101/2005.

Contudo, em análise às matérias postas em julgamento, **manifesto discordância** com relação ao entendimento exposto, conforme fundamentos a seguir delineados.

Extrai-se dos autos que a agravada celebrou uma Cédula de Crédito Bancário junto à instituição financeira agravante no valor total de R\$ 1.752.726,02, a pagar em 36 parcelas de R\$ 69.908,65, conforme documentos de f. 146/150. Deferida a recuperação, o Magistrado declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 49 da Lei de Falências, excluindo referido crédito da recuperação judicial.

No que diz respeito à alegada inconstitucionalidade do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, entendo que não estão atingidos os princípios constitucionais, conforme se vê do Agravo de Instrumento n. 1415216-84.2015.8.12.0000, julgado em 18.02.2016, da relatoria do Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, tendo participado da votação, o Relator do presente agravo de instrumento, *in verbis*:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 3º E 4º DO ARTIGO 49 DA LEI N.º 11.101/05 PELO MAGISTRADO SINGULAR – VIOLAÇÃO A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS NÃO DEMONSTRADA – CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – CONTUDO, POSSIBILIDADE DE SUJEIÇÃO DOS CRÉDITOS DO BANCO AGRAVANTE AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA – MATÉRIA JÁ DECIDIDA EM DIVERSOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO INTERPOSTOS PELO RECORRENTE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, POR OUTROS FUNDAMENTOS.

Nenhum óbice reside ao juiz ex officio declarar a inconstitucionalidade pelo controle difuso, cujo efeito é inter partes, só valendo para o caso concreto e a decisão tem eficácia ex tunc, ou seja, retroativa.

Restando demonstrado a divergência jurisprudencial a respeito do



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

tema mas, nenhuma violação a preceitos constitucionais, há de reformar a decisão objurgada que declarou inconstitucional o artigo 49, §§3º e 4º, da Lei n.º 11.101/05.

Em regra, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem imóvel (Lei federal n. 9.514/97) não se submete aos efeitos da recuperação judicial, consoante disciplina o art. 49, §3º, da Lei 11.101/05. Na hipótese, porém, este colegiado já decidiu em diversas outras oportunidades reconhecendo a peculiaridade necessária para excepcionar a regra.

O mencionado artigo 49, § 3º e § 4º, da Lei n. 11.101/2005 possui o seguinte teor:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

No caso, gravitam em torno da situação posta sob exame dois interesses em conflito: o da sociedade em recuperação judicial e o do credor, instituição financeira, que recebeu títulos de crédito em garantia fiduciária de contrato de abertura de crédito.

Como se observa, em razão da importância do crédito bancário, seja para as empresas em normal situação financeira, seja para aquelas em recuperação judicial, existem entendimentos no sentido de que é absolutamente justificável o especial tratamento conferido pelo legislador às instituições financeiras no âmbito do processo recuperacional – até mesmo ao credor fiduciário.

Para tanto, utilizam o fundamento de que, até mesmo pela teleologia da exclusão de certos créditos do processo de recuperação, o credor garantido por cessão fiduciária de direitos creditórios enquadra-se na regra própria aplicável ao "credor titular da posição de proprietário fiduciário" a que se refere o art. 49, § 3º, da Lei, permitindo a conclusão de que o credor garantido por cessão fiduciária de crédito também "não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

sobre a coisa e as condições contratuais".

Assim, conferem uma interpretação larga às referências a bens "móveis" e "imóveis" e à "propriedade sobre a coisa" contidas na primeira parte do referido parágrafo 3º, para alcançar também os direitos creditórios, como prevê o art. 83 do Código Civil de 2002. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE TÍTULOS DE CRÉDITO EM MÚTUO BANCÁRIO. NATUREZA JURÍDICA. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA (CREDOR TITULAR DE POSIÇÃO DE PROPRIETÁRIO DE BENS MÓVEIS). CRÉDITO NÃO SUBMETIDO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO § 3º DO ARTIGO 49 DA LRF. ENTENDIMENTO DAS TURMAS QUE COMPÕE A SEGUNDA SEÇÃO DO STJ. OBSERVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. De acordo com o entendimento recentemente consolidado no âmbito das turmas que compõe a segunda seção desta corte de justiça, a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, justamente por possuírem natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos § 3º do artigo 49 da Lei n. 11.101/2005. Por consectário, em sede de recuperação judicial, os direitos do proprietário fiduciário não podem ser suspensos, a considerar que a posse direta e indireta do bem, assim como a conservação da garantia, consubstanciam direitos assegurados ao credor fiduciário pela Lei e pelo contrato. Recurso Especial provido. (Superior Tribunal de Justiça STJ; Resp 1.437.988; Proc. 2014/0044622-9; RJ; Terceira Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; DJE 24/11/2014)

Uma segunda linha de entendimento firma que as empresas que são as tomadoras desse crédito não podem ficar desamparadas, sem fluxo de caixa, principalmente em momento de desequilíbrio econômico-financeiro, sob pena de inviabilizar o seu negócio, agravando o quadro da crise, com possibilidade de falência, o que vai contra o espírito da lei.

E assim, alguns julgados pautam-se sob o fundamento de que a solução mais adequada, não se resume unicamente em interpretar a expressão "bens móveis" contida no art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/05, para saber se o crédito resultante de cessão fiduciária de título submete-se aos efeitos da recuperação judicial ou não.

Na verdade, cumpre investigar qual o significado da exceção legal segundo a qual, "tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis [...], seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais".



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Nesse passo, entendem ser mais adequado estabelecer que o alcance da exceção somente é perfeitamente compreendido com a leitura conjunta da parte final do § 3º do art. 49, segundo a qual, mesmo para os credores fiduciários, que têm seus direitos de propriedade preservados, não se permite, "durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial".

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

Segundo tal entendimento, não é o credor fiduciário que diz se o bem gravado com a garantia fiduciária é ou não essencial à manutenção da atividade empresarial e, portanto, indispensável à realização do Plano de Recuperação Judicial, mas sim o Juízo condutor do processo de recuperação. (entendimento extraído do Voto vista no Recurso Especial n.º 1.263.500 – ES (2011/0151185-8) – Ministro Luis Felipe Salomão).

Há ainda um terceiro entendimento, proferido pela Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do RESP n. 1.202.918/SP, senão vejamos:

Aliás, uma análise detida do conteúdo do 3º, do art. 49 da Lei nº 11.101/05 permite inferir que o próprio legislador não pretendeu excluir a cessão fiduciária de direitos creditórios da recuperação judicial. (...).

Partindo-se da própria redação do art. 66-B, 3º, da Lei nº 10.931/04, tem-se que na alienação se atribui ao credor a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária, enquanto na cessão atribui-se ao credor a posse direta e indireta apenas do título representativo do direito ou do crédito.

Seja como for, sem nos aprofundarmos na análise das características que compõem cada espécie de fidúcia, o que releva para o deslinde da presente controvérsia é a constatação de que alienação fiduciária e cessão fiduciária constituem modalidades distintas de negócio fiduciário.

Nesse contexto, nota-se que o 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/05 se limita a mencionar o “proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis”, ou seja, o dispositivo legal contempla apenas a alienação fiduciária. Quanto muito, poder-se-ia admitir que o dispositivo legal compreende também a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, mas jamais a cessão fiduciária de títulos de crédito.

Tanto é assim que o mencionado artigo de lei afirma que



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa (grifei). Ao utilizar a expressão coisa, o legislador deixa claro que a exceção ao regime da recuperação judicial alcança apenas a propriedade fiduciária sobre bens (móveis ou imóveis), nunca sobre direitos, ainda mais sobre direitos de crédito.

Dessa forma, não há como incluir a cessão fiduciária de direitos de crédito no bojo do 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/05. Por se tratar de uma regra de exceção, limitadora de direitos, a boa hermenêutica exige que a referida norma seja interpretada restritivamente, sendo incabível qualquer forma de presunção, analogia ou ampliação.

Acrescente-se, por oportuno, que a nova Lei de Falências é posterior à Lei nº 10.931/04, de modo que, fosse essa de fato a sua intenção, teria o legislador excluído da recuperação judicial, de forma expressa, também as cessões fiduciárias de crédito.

Evidente, pois, não ter sido essa a vontade do legislador. Até porque o ideal de superação da crise econômico-financeira das empresas que norteia a Lei nº 11.101/05, depende da existência de instrumentos para tanto, entre eles a liberação das chamadas travas bancárias, sujeitando os créditos garantidos por cessão fiduciária ao regime de recuperação judicial. Afinal, o que se busca é a recuperação da empresa em prol da fonte produtora, do emprego e dos credores e não apenas a recuperação do crédito bancário, que viria em benefício exclusivo das instituições financeiras.

Em suma, dos entendimentos supra mencionados, inexistente menção alguma de violação a preceitos constitucionais, mormente o da isonomia; da dignidade da pessoa humana; da ordem econômica; da propriedade privada, função social da propriedade e da empresa; da livre concorrência; garantia de pleno emprego; suprimimento das desigualdades sociais e regionais e tratamento diferenciado para as pequenas e microempresas.

O que resta demonstrado são divergências de interpretação quanto ao real alcance do tema objeto de análise, tanto é que em nenhum julgado foi suscitado a declaração de inconstitucionalidade pelo controle difuso ou que tenha instaurado ação direta de inconstitucionalidade de tal artigo; portanto, tenho como constitucional o disposto no artigo 49, § 3º e 4º, da Lei n. 11.101/2005.

Assim, decidido que não há inconstitucionalidade nos parágrafos 3º e 4º do artigo 49 da Lei de Recuperação Judicial, data vênua aos outros entendimentos supra mencionados, filio-me àquela corrente jurisprudencial de que há hipóteses em que se abre exceção à regra da não submissão do crédito garantido por alienação fiduciária ao procedimento da recuperação judicial, conforme limitação contida na parte final do § 3º, do artigo 49 e inspirada no princípio da preservação da empresa.

Frisa-se que tal exceção é aplicada a casos que revelam



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

peculiaridades que recomendem tratamento diferenciado visando à preservação da atividade empresarial, como, por exemplo, no caso em que o bem dado em alienação fiduciária componha o estoque da sociedade, ou no caso de o bem alienado ser o imóvel no qual se situa a sede da empresa.

Em suma, justifica-se a exceção quando se verificar, pelos elementos constantes dos autos, que a retirada dos bens prejudique de alguma forma a atividade produtiva da sociedade.

Caso contrário, isto é, inexistente qualquer peculiaridade que justifique excepcionar a regra legal do art. 49, § 3º, deve prevalecer a regra de não submissão, excluindo-se dos efeitos da recuperação judicial os créditos de titularidade da interessada que possuem garantia de alienação fiduciária, a chamada "trava bancária".

Ocorre que para que se aplique o dispositivo, a propriedade fiduciária, para que possa ser considerada regularmente constituída deve ser registrada em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, conforme disposto no artigo 1.361, § 1º, do Código Civil, assim redigido:

Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

§ 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

Deveras, referido registro é requisito indispensável para a constituição da propriedade fiduciária, não se tratando tal ato de mera publicização a fim de conferir-lhe efeito *erga omnes*.

Não há nos autos nenhuma prova de ter sido levada a registro (de títulos e documentos) a Cédula de Crédito Bancário para eficácia da cessão fiduciária contra terceiros, outrossim, para aperfeiçoamento da propriedade fiduciária. Destarte, impõe-se a liberação da "trava bancária".

Sobre esse tema, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou a Súmula n. 60 no seguinte sentido: "a propriedade fiduciária constitui-se com o registro do instrumento no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor".



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

A edição da referida súmula foi consequência de inúmeros julgados que reconhecem a exclusão da recuperação judicial dos créditos garantidos por contrato de cessão de crédito (“trava bancária”), com amparo no art. 49 § 3º da Lei 11.101/05, mas desde que regularmente registrados no Registro Público (o que, repise-se, não ocorre na hipótese).

Aliás, acerca do tema, em busca no mesmo sentido ora julgado constam diversos precedentes, dentre eles: AI 0275617-02.2011, j. 03/07/2012; AI 0089698-37.2011, j. 24/01/2012; AI 0015171-80.2012, j. 31/07/2012; AI 0294738-16.2011, j. 03/07/2012. AI. n. 2273051-07.2015.8.26.0000, j. 24.2.2016, Ap. n. 0206259-04.2012.8.26.0100, j. 3.2.2016, AI. n. 2240311-93.2015.8.26.0000, j. 3.2.2016, AI. n. 0025437-29.2012.8.26.0000, j. 29.3.2012 e AI. n. 0089698-37.2011.8.26.0000, j. 24.1.2012.

Eis a ementas de alguns julgados:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. PRELIMINAR. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. REJEIÇÃO. CRÉDITO FIDUCIÁRIO. ENQUADRAMENTO NA EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 49, § 3º, DA LEI 11.101/2005. NÃO SUBMISSÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE DE REGISTRO DO CONTRATO NO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS DO DOMICÍLIO DO DEVEDOR, PARA INVESTIR-SE NA QUALIDADE DE PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO. EXIGÊNCIA NÃO CUMPRIDA. NULIDADE DA CLÁUSULA QUE PERMITE O DESCONTO DE VALORES DIRETAMENTE EM CONTA BANCÁRIA. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1 - Ao Juízo Empresarial caberá decidir se o crédito tem ou não caráter extraconcursal, em julgamento da Impugnação ao Crédito; ao Juízo Cível Comum, por sua vez, caberá analisar a regularidade das disposições contratuais e dos atos delas decorrentes. Ainda que os fundamentos das decisões possam recair sobre os mesmos dispositivos de lei, os motivos de decidir não são aptos à coisa julgada (art. 469, I, do CPC), permitindo-se ao Juízo Empresarial a ampla análise da matéria a ele submetida.

2 - **Apesar de os créditos fiduciários se enquadrarem na exceção prevista no § 3º do art. 49, da Lei 11.101/2005, deve o credor cumprir requisito legal para investir-se na qualidade de proprietário fiduciário, qual seja, proceder ao registro, em Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, do contrato celebrado.**

3 - Descumprido o registro, há que se admitir o reconhecimento pelo Banco de uma faculdade contratual não exercida, a qual, correndo a seu exclusivo critério, conecta-se à cláusula de vencimento antecipado. Se o contrato, no que tange à propriedade fiduciária, é inoponível a terceiros, o Banco credor não perfaz a condição que o excepcione do processo de recuperação da empresa.

4 - É abusiva a cláusula contratual que burla o procedimento de



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

recuperação judicial e permite o pagamento do débito extrajudicialmente e diretamente por descontos em conta bancária, haja vista que, além de comprometer a continuidade das atividades da empresa em recuperação, mormente em se tratando de contrato de capital de giro, prejudica o pagamento dos demais credores, não lhes sendo oponível a cédula de crédito bancário, uma vez não levada a registro.

(TJMG. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.12.060688-4/003). Grifou-se.

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Cédula de crédito bancário com contrato de constituição de alienação fiduciária em garantia (cessão fiduciária de direitos). **Propriedade fiduciária que se constitui mediante o registro do título no Registro de Títulos e Documentos. Inteligência do art. 1.361, § 1º, do Código Civil.** Inexistência de registro. Amortização ocorrida após o ajuizamento da ação de recuperação judicial. Pretensão à substituição de garantias. Aplicação da Súmula n. 60 desta Câmara. Recurso não provido. (AI. n. 0139280-06.2011, rel. Des. Ricardo Negrão, j. 24.1.2012). Grifou-se.*

Recuperação judicial. Levantamento de trava bancária. Cessão fiduciária de crédito. Contrato não registrado em Registro de Títulos e Documentos da sede do devedor. Violação do disposto no §1º do art. 1.361 do CC e na Súmula n. 60 deste Tribunal de Justiça. Regularidade do registro que é elemento constitutivo da garantia fiduciária. Trava bancária afastada. Decisão agravada mantida. Recurso improvido.

(TJSP. AI. n. 2271399-52.2015.8.26.0000. J em 15.06.2016).

Portanto, o crédito decorrente da aludida cédula não pode ser considerado extraconcursal, mas sim quirografário, uma vez que, não tendo sido devidamente registrado no domicílio da agravada, antes de iniciada a recuperação judicial, não está a agravante na posição de proprietário fiduciário.

Ainda que a empresa recuperanda não possa ser considerada terceira, todos os seus credores encontram-se nesta condição em relação ao avençado com a instituição bancária recorrente, não podendo as garantias fiduciárias firmadas, portanto, ser opostas em detrimento destes, uma vez que os contratos, caso sejam registrados após o deferimento do processamento da recuperação judicial, não gerarão efeitos contra terceiros. Logo, sendo as garantias ineficazes perante os demais credores, não pode a agravante receber seu crédito fora da recuperação judicial.

Desse modo, embora entenda que o artigo é constitucional, não é aplicável à presente hipótese, podendo o crédito ser submetido à recuperação judicial.

Ante o exposto, conheço do agravo de instrumento interposto e dou-lhe parcial provimento para afastar a inconstitucionalidade do artigo 49, § 3º da Lei n. 11.101/05. Contudo, admito a inclusão do crédito do agravante na recuperação judicial,



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

concordando, em parte, com o Relator e o 1º Vogal.

D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 2º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 09 de agosto de 2016.

ac